# مبادىء القانون

## نظرية القانون - نظرية الحق

دكتور
حمدى عبد الرحمن
دكتوراة الدولة فى القانون - جامعة باريس
استاذ القانون المدنى بحقوق عين شمس
رئيس قسم القانون المدنى وعميد كلية الحقوق سابقاً
المحامى بالنقض و مجلس الدولة والدستور العليا

٢٠٠٢ - ٢٠٠٣

## مقدمـــــة

القانون ليس سوءاً يشار إليه بأصابع الاتهام كما بدا لبعض من اختلطت فى أذهانهم - فى زمن مضى - معايير التفرقة بين قيم لا يجوز الخلط بينها.

كما أنه ليس عصا سحرية تملك مفاتيح تغيير كل شئ.

القانون ببساطة هو أداة من خلق الناس لحكم الناس وفق نظام محدد سلفاً. فهو كنظام يحدد ما يجوز وما لا يجوز، ويرسم للناس سبيل السلوك الخير فيما بينهم. وهو يحدد ذلك بطريقة مسبقة. الأصل فيها أن تتجرد عن الهوى، بألا يصدر بقصد تحقيق مصلحة خاصة، بل لتحقيق الصالح العام منظوراً إليه بنظرة موضوعية متجردة.

وهو من صنع الإنسان فى نشأته، وهو أيضا من صنع الإنسان فيما يصيبه من نجاح أو فشل، بالنسبة لكل ما يناط به من أهداف.

## المبحث الأول

### نشأة القانون وغايته

١- يبدأ التمهيد لدراسة القانون عادة بذكر حقيقة اجتماعية وتاريخية ثابتة وهي أن الإنسان اجتماعي بطبعه، فمن حوله توجد عناصر طبيعية مختلفة كالأرض والمياه والزرع والحيوانات. . ويسعى الإنسان لاستخدام هذه العناصر واخضاعها بقصد اشباع حاجاته المتعددة والمتجددة، خاصة حاجته إلى التقدم وحاجته إلى الأمن، وفي سبيل ذلك يسعى الفرد إلى التعاون والتضامن مع غيره من بني جنسه.

هذا فضلا عن أن جوهر الإنسان فكره وعاطفته، ويدفعه ذلك إلى أن يلتقي بغيره من الناس يبادلهم الخطاب والاحساس والمعاملة. ويذكر لنا تاريخ البشرية أن الإنسان قد استجاب لمقتضيات طبيعته منذ فجر تاريخه، فسعى إلى العيش في جماعة، يبادل أفرادها المنافع والحاجات. غير أن تحقق تلك الحتمية الاجتماعية لم يكن ليخلو من المشاكل بالنسبة لمجموع الأفراد المتواجدين في إقليم واحد. ففي فكر الإنسان جنوح إلى التسلط، وفي عواطفه تطرف أو افراط، يدعوه إلى الانسياق خلف غرائزه. ويؤدي هذا التسلط أو ذلك الإفراط إلى أن يسعى الإنسان لتحقيق مصالحه متجاهلا مصالح الآخرين، فيحدث الصدام بين أفراد الجماعة. وكان على الإنسان أن يجرب لفض منازعاته أبسط الوسائل وأكثرها بدائية، ومنها الالتجاء إلى العنف، ليحقق مصالحه بوسائله

الخاصة، غير أنه لا يلبث أن يدرك بتجربته أن منطق العنف لا يمكن أن يحقق له أو لغيره الاستقرار والأمن اللازمين لأى جماعة بشرية، فيضطر إلى الاتفاق - أو إلى التوافق - مع غيره من أنداده على اتباع بعض قواعد للسلوك لتبين لكل فرد حدود ما له وما عليه إزاء الآخرين. وتتمثل فى هذه البذرة الأولى أول بشائر ما نسميه بالقاعدة القانونية. ولكي يتحقق لقاعدة السلوك طابع الفعالية الكافية لفرض وجودها بين أفراد الجماعة كان لابد أن يناط تطبيقها واحترامها بسلطة لها القدرة على الأمر والنهى وتوقيع الجزاء. لذلك تلازم وجود قاعدة السلوك الاجتماعى مع انخراط الجماعة فى اطار مجتمع منظم إلى حد ما، فى صورة الأسرة أو العشيرة أو القبيلة أو الاقطاعية أو الدولة فى شكلها الحديث.

وإذا تصورنا أن قاعدة السلوك ترد فى نشأتها الأولى على مجموعة الأوضاع الفعلية القائمة فى الواقع الذى يعيشه الأفراد، كاختصاص شخص بمال معين (الملكية) أو اختصاص شخصين مختلفى الجنس كل منهما بالآخر (الزواج)، لأمكن القول أنها في ورودها على هذه الأوضاع تحدث فيها تغييراً أساسياً سواء بإقرارها أو بتنظيمها. وفى كلتا الحالتين تضع القاعدة حدوداً للأفراد يتحركون بأنشطتهم من خلالها ببيان ما يتمتع به الفرد من حقوق وما يتحمله من التزامات.

ومن هنا نلمس الصلة بين ظاهرة القانون وظاهرة أخرى هي ظاهرة «الحق». فالحق ما هو إلا نتيجة لالتقاء القاعدة القانونية بعلاقات

القائمة فيما بين الأفراد والقيم المحيطة بهم. فمثلا حين ترد القاعدة القانونية على وضع يتسلط فيه شخص على شئ معين فتقره وتحميه فى مواجهة الآخرين يقال إن لهذا الشخص حق ملكية على الشئ المذكور يخوله قدرة الاستئثار به ويمنع الآخرين من التعرض له.

**غاية القانون:**

٢- يبدو من الفكرة المبدئية السابقة أن غاية القانون هى تحقيق الأمن والتقدم لأفراد الجماعة. ولكن تبسيط الغاية إلى هذا الحد يخفى خلفه خلافاً فلسفياً وفقهياً حول وسائل تحقيقها وحدود تدخل القانون فى هذا الصدد. وأهم ما قيل فى هذا الموضوع نظريتان. النظرية الفردية La thése individualiste والنظرية الاجتماعية La thése sociale.

**أولا - النظرية الفردية:**

٣- ويذهب أنصارها إلى أن الفرد هو غاية كل تنظيم قانونى، وبالتالى يجب على القانون أن يضع سعادة الفرد وحريته فى المقام الأول، بحيث يجعل منها غايته الأولى والمقدسة. فحين قرر الفرد أن يعيش فى جماعة اتفق مع غيره من الأفراد (فكرة العقد الاجتماعى) على أن يحتفظ كل منهم بحقوقه وحرياته، وعلى أن التنازل عن جزء منها لا يكون إلا بالقدر الضرورى واللازم لقيام الجماعة ولتحقيق التوازن والانسجام فى علاقات أفرادها.

أما فيما عدا هذا القدر المحدود فلا يجوز للقانون أن يحد من حرية الفرد أو من حقوقه. وتأسيساً على هذه الفكرة قيل بأن المذهب الفردى يسعى إلى تحقيق ما يسمى بالعدل التبادلىjustice commutative بمعنى تحقيق المساواة فيما يتبادله الأفراد من أشياء وخدمات بطريقة تكاد تكون حسابية، وهو هدف لا يتحقق من وجهة نظر المدرسة الفردية إلا بترك كامل الحرية للأفراد فى ممارسة أنشطتهم وقمع كل محاولة للعدوان عليها.

وقد أدى مفهوم هذه النظرية إلى صياغة بعض المبادئ الهامة على الصعيد السياسى، وعلى الصعيد الاقتصادى، ومن الناحية القانونية[١].

وعلى الصعيد السياسى، يجب أن تنحصر سلطات الدولة فى مواجهة الأفراد فى أضيق الحدود وأن تلتزم فى سلوكها بمبادئ تقديس حقوق الفرد وحرياته، بحيث لا تتدخل إلا بالقدر اللازم للمحافظة على الأمن ومنع التصادم (الدولة الحارسة). وبالتالى وجب أن توضع الضمانات القانونية والسياسية الكافية لحماية الحرية الفردية ولمنع استبداد الحكام وتعسفهم. ولذلك كانت النظرية الفردية هى الأساس

---

(١) راجع: شمس الدين الوكيل، النظرية العامة للقانون (الطبعة الأولى) ص ٥١ ومابعدها، محمد على إمام، محاضرات فى نظرية القانون (١٩٥٤) ص ٣٨ ومابعدها.

الفلسفى للديمقراطية بمعناها التقليدى الذى عرفته أوروبا .

**وعلى الصعيد الاقتصادى**، تدعو النظرية الفردية إلى ترك المجال مفتوحا أمام النشاط الفردى الحر وتشجيع الحوافز الخاصة، مع اطلاق حرية استثمار رؤوس الأموال Laisser passer laisser faire وبهذا كانت النظرية الفردية أساساً للنظام الرأسمالى، حيث جعلت من الحرية الاقتصادية توأماً للحرية السياسية.

**وعلى الصعيد القانونى**، يهدف المذهب الفردى إلى كفالة الحد الأقصى من الحرية الفردية ويؤدى هذا الاتجاه إلى نتائج متعددة فى نطاق الأسرة، والعقود، والملكية.

ففى نطاق الأسرة يمكن القول بأن المذهب الفردى يؤدى إلى اضعاف السلطة الأبوية، وإلى تيسير الطلاق بقدر الامكان. ولكن الملاحظ أن الدول الغربية التى آمنت بهذا المذهب لم تلتزم بمنطقه فى هذا المجال، ويرجع ذلك بصفة رئيسية إلى اعتبارات تتعلق بالديانة المسيحية[1].
وفى نطاق العقود يؤمن أنصار المذهب الفردى بمبدأ «سلطان الإرادة»، ويعنى أن ما ينشأ بين الأفراد من علاقات قانونية يجب أن يستند أساساً إلى الإرادة الحرة للأفراد .

---

(١) وإن كانت علاقات الأسرة قد تحررت فى الغرب حاليا إلى حد بعيد، تحت ضغط المجتمعات الصناعية وتطور المفاهيم الاجتماعية فى شأن الحريات حتى فى مجال الأسرة.

وفى نطاق الملكية، يقدس المذهب حق الملكية بوصفه قمة تحقيق النظرية الفردية، وأهم مظهر من مظاهر فلسفتها .

**ثانيا - النظرية الاجتماعية:**

٤- قام المذهب الفردى السابق الاشار إليه على تقديس حرية الفرد ومصالحه الخاصة . وهو فى نظرته إلى المصلحة العامة لم ير فيها سوى مجموع المصالح الفردية، وانتهى بالتالى إلى أن حماية المصلحة العامة للمجتمع لن تتأتى إلا عن طريق توفير الحماية الكافية للمصالح الفردية كل على انفراد .

وقد اعتبر هذا التصوير الأخير خطأ أساسياً فى المذهب الفردى، ذلك أن ظاهرة القانون لازمت - كما سبق القول - الإنسان فى وضعه الاجتماعى، أى بوصفه عضواً فى جماعة بشرية، لذلك فحين ننظر لمصالح الفرد منعزلا عن غيره، وحين نقدس الحرية الفردية مجردة - إلى حد كبير - عن حريات الآخرين ومصالحهم فإننا نتجاهل مقتضيات التداخل والتضامن فى علاقات الناس، ونهدد العدل كإطار لازم لتحقيق التقدم فى المجتمع . فقد أثبتت التجارب التاريخية أن المذهب الفردى - رغم ما وضعه لنفسه من هدف تحقيق المساواة والعدل التبادلى - قد أدى فى الواقع إلى تسلط وسيطرة أقلية من أصحاب رؤوس الأموال المستغلة .

ذلك أن تقديس الحرية الفردية من الناحية القانونية، دون أن يؤخذ

فى الاعتبار العوامل الاقتصادية المؤثرة فى علاقات الأفراد ، يؤدى إلى الاهدار الفعلى لما سعت إليه النظرية الفردية من أهداف. ولقد تعود الفقه على الاستعانة بنموذج لعلاقات العمل بين العامل ورب العمل لتوضيح مضمون النقد المشار إليه. فوفقا للنظرية الفردية يجب التركيز على الحرية الفردية وعلى مبدأ سلطان الإرادة بين الطرفين كأساس لإنشاء علاقة العمل ولتنظيمها وإنهائها. فكلاهما يتمتع، قانوناً، بالحرية والمساواة فى علاقته بالآخر. وبالتالى فالاتفاق على نوع العمل الذى يلتزم العامل بأدائه، وعلى قدر الأجر الذى يلتزم رب العمل بدفعه، يعتبر اتفاقاً حراً وعادلاً بين طرفين كل منهما ند للآخر. تلك حصيلة النظرة القانونية المجردة للعلاقة المشار إليها. غير أن التمعن فى الظروف الاقتصادية التى يتم الاتفاق فى ظلها يؤدى حتماً إلى تغيير النظرة فى تقييمه. ففى الحقيقة لا وجود للمساواة الفعلية فى علاقة رب العمل بالعامل. فالأول يتمتع، بوصفه صاحب المشروع، بقوة اقتصادية هائلة فى مواجهة الثانى المجرد من كل سلاح والذى لا يملك سوى جهد عمله سعياً وراء لقمة العيش.

وبالتالى فلا يمكن أن نقرر بسهولة أن المفاوضة بينهما - حول الأجر وقدره والعمل وظروفه - قد تمت فى ظل المساواة الفعلية الكافية، وأن الاتفاق قد أبرم بما يحقق العدل فى جانب العامل. وبناء على ذلك نخلص إلى أن فكرة العدل تختلف فى مفهومها النظرى المستند إلى مجرد النصوص القانونية عن فكرة العدل كما توجبها ظروف انعدام

التوازن الاقتصادى فى واقع العلاقات الاجتماعية.

واستناداً إلى كل ما سبق جاءت النظرية الاجتماعية لتؤكد أن الصالح العام لا يعتبر بحال حصيلة جمع المصالح الفردية مأخوذ كل منها على إنفراد، بل إن هناك مصلحة عامة مستقلة تفرض وجودها فى مواجهة الصالح الفردى المستقل. بل لقد ذهب بعض أنصار النظرية الاجتماعية إلى حد القول بعدم وجود «حقوق شخصية» يتمتع بها الأفراد فى المجتمع، وأن ما قد يعطى للأفراد من مزايا أو قدرات ليس سوى وظائف اجتماعية يغلب فيها اعتبار الواجب على اعتبار الحق. وتطبيقا لذلك فإن الملكية - التى تعتبر وفقاً للمذهب الفردى حقاً كاملاً ومقدساً يخول صاحبه كامل القدرة على التصرف والاستعمال والاستغلال بما يشبع حاجاته الفردية - تتحول فى ظل المذهب الاجتماعى إلى مجرد وظيفة تفرض على صاحبها الالتزام بممارستها فى اطار فكرة النظام العام.

ويترتب على الأفكار الاشتراكية السابقة تغيير جذرى فى النظرة إلى دور الدولة والقانون. فلم تعد الدولة فى ظل هذا المذهب مجرد إدارة حارسة يقتصر دورها على حماية حرية الأفراد فى ممارستهم لحقوقهم ودرء العدوان فيما بينهم، بل تتجاوز ذلك لتتدخل ايجابيا فى الحياة الاجتماعية والاقتصادية.

والعدل لم يعد هدفاً يترك تحقيقه للتحرك التلقائى لإرادات الأفراد

في ظل حرية التصرف (العدل التبادلى)، بل أصبح عدلا «توزيعيا» تقوم الدولة على تحقيقه على ضوء اعتبارات الصالح العام وعلى ضوء ما قد يوجد بين الأفراد من تفاوت فى القدرات الاقتصادية.

ويرتبط بهذا المفهوم الجديد لدور الدولة اتساع دور القانون بوصفه الأداة الرئيسية لتحقيق فلسفة المجتمع وأهدافه. ففي ظل المذهب الاشتراكى تقوم القاعدة القانونية بتحقيق الدور الايجابى للدولة سعياً وراء أهداف المجتمع فى مفهومها الجديد. لذلك يتدخل القانون لفرض القيود المختلفة على حرية التملك وحرية استعمال حق الملكية وحرية التصرف فيه، كما يفرض على إرادات الأفراد عموماً قيوداً تخرج بها عن مجال الاطلاق المعيب الذى عرفته النظرية الفردية (مثل فرض التسعيرة الجبرية لمواد التموين، الأجر المحدد فى عقود الايجار، اخضاع عقد العمل للتنظيم الآمر الذى لا تجوز مخالفته..).

**موقف النظام المصريمن النظريتين:**

٥- يمكن تقسيم المراحل التى مر بها النظام المصرى من حيث تأثره بالنظام الفردى أو النظام الاشتراكى إلى ثلاث مراحل رئيسية، فى المرحلة الأولى استند هذا النظام إلى المذهب الفردى وإن كان قد استجاب خلالها لبعض التأثيرات الاشتراكية، وفى المرحلة الثانية انحاز نظامنا القانونى بصفة أساسية إلى النظرية الاشتراكية، وفى المرحلة الثالثة بدأ طريق العودة إلى نظام الحرية الاقتصادية.

وتنحصر المرحلة الأولى فى فترة ما قبل ثورة ٢٣ يوليو سنة ١٩٥٢، وتبدأ المرحلة الثانية مع قيام هذه الثورة، أما المرحلة الثالثة فقد بدأت مع بداية حكم الرئيس أنور السادات.

**مرحلة النظام الفردى:**

٦- ويمكن تحديد بدايتها بصفة تقريبية بصدور التقنينات المختلفة فيما بين سنة ١٨٧٥ و١٨٨٣، حيث أبرزت هذه التقنينات الملامح المميزة للنظام المصرى والتى كانت واضحة فى تبنيها للمذهب الفردى. ومنذ ذلك الحين تركز تأكيد التشريعات المتعددة والمتلاحقة على مبادئ الحرية الفردية، كالحرية الشخصية وحرية السكن وحرية العقيدة وحرية الاجتماع وحرية التملك وحريتى التصرف والتعاقد وفقا لمبدأ السلطان الكامل للإرادة الفردية.

وتقدم بداية هذه المرحلة صورة لتطبيق المذهب الفردى حيث تعاصرت مبادئ الفردية الكاملة مع أوضاع حرية الملكية ووجود نظام دستورى حديث (دستور ١٩٢٣) وضع ضمانات للحدود الدنيا للحريات والحقوق الفردية.

بيد أن مصر لم تكن لتبقى بمعزل عن التيارات الفكرية الاشتراكية التى بدأت فى الانتشار قبل الحرب العالمية الثانية وعلى أثرها. فقد بدأت هذه الأفكار الاشتراكية تغزو العالم وتحتل مكان الصدارة فى الفكر الحديث.

وتحت تأثير هذه الأفكار ودعاتها بدأ المشرع المصرى يخفف من غلواء النظرية الفردية، فصدرت تشريعات متعددة تحد من مبدأ الحرية المطلقة في التعاقد، خاصة فى مجال علاقات العمل، حيث فرض المشرع على أرباب العمل واجب تقديم خدمات صحية واجتماعية للعمال، وواجب احترام الحق فى الاضراب، وتعويض العامل عما يلحقه من أضرار أثناء أداء العمل، إلى غير ذلك من التشريعات التى تساهم فى تحقيق مبدأ التضامن الاجتماعى (التسعيرة الجبرية لبعض السلع.. وتنظيم علاقة المؤجر والمستأجر..).

وقد تأكد هذا التطور المحمود بصدور القانون المدنى سنة ١٩٤٨ (قانون ١٣١ لسنة ١٩٤٨ والذى بدأ العمل به فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) فقد جاءت بعض نصوص هذا القانون متأثرة بالنزعة الاشتراكية فى تنظيمها لبعض العلاقات الاجتماعية والاقتصادية. وقد أشارت إلى هذا التجديد المذكرة الايضاحية للقانون المدنى حيث جاء فيها أن المشروع (مشروع القانون المدنى) **لا يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها بمصلحة الجماعة، ولا يجعل من سلطان الإرادة المحور الذى تدور حوله كل الروابط القانونية، بل يوفق ما بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة. ثم هو بين الفرد والفرد لا يترك القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية،** فليس الفرد حراً فى أن يتخذ مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تكئه ليتعسف ويتحكم. لذلك يقف

المشروع إلي جانب الضعيف ليحميه كما فعل فى عقود الاذعان (التى تفرضها شركات الاحتكار) عندما جعل تفسير ما تشتمل عليه من شروط تعسفية محلا لتقدير القاضى وكما فعل فى النصوص الخاصة بالاستغلال عندما أوجب على القاضى أن يتدخل لنصرة المتعاقد إذا استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إدراكه. وكما فعل فى حماية العامل عندما أحاط عقد العمل بسلسلة من الضمانات تدرأ عنه تعسف رب العمل. وهو إلى جانب كل هذا وقبل كل هذا يضع مبدأ عاما ينهى فيه عن التعسف فى استعمال الحق».

لا شبهة فى أن ما أورده القانون المدنى يعد تقدماً من الناحية الاجتماعية، غير أنه لا يمثل الثورة الاجتماعية الكاملة التى ترنو إليها النظرية الاشتراكية. فالتطبيقات المشار إليها هى «مجاراة لنزعات العصر» على حد تعبير المذكرة الايضاحية ذاتها، مجاراة لما أخذت به كثير من التشريعات الأوربية فى دول بعضها يمثل النظام الفردى فى أقوى صوره. لذلك لم يكن فى ذلك القدر ما يحقق المطامع التى تسعى إليها ثورة اشتراكية كاملة عند أنصارها.

**مرحلة النظام الاشتراكى:**

٧- تبدأ هذه المرحلة بقيام الثورة سنة ١٩٥٢، فقد أعلنت هذه الثورة إيمانها بمبادئ العدالة والمساواة، ولم تقتصر على تأكيد هذه المبادئ من الناحية النظرية فحسب، بل اتبعت ذلك بإجراءات عملية كان أولها

وأهمها صدور قانون الاصلاح الزراعى الأول فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ الذى قضى بألا تتجاوز ملكية الفرد من الأراضى الزراعية مائتى فدان، عدلت فيما بعد إلى مائة فدان (قوانين يوليو سنة ١٩٦١)، على أن يطبق هذا الحد الأقصى على مجموع ما تملكه الأسرة (الزوج والزوجة وأولادهما القصر). كما نظم المشرع علاقة مالك الأرض الزراعية بمستأجريها على نحو يكفل حماية المستأجر فى مواجهة المالك، كما سمح لعمال الزراعة بالانخراط فى نقابات خاصة بهم، ووضع حداً أدنى لأجر العمال الزراعيين. ثم توالت التشريعات منذ ذلك الحين متجهة جميعاً نحو تحقيق سيطرة الدولة على مصادر الثروة وإلى تدعيم وجود قطاع عام قوى على حساب القطاع الخاص.

وفى ٢٥ يونيو سنة ١٩٦٢ تبلورت مفاهيم هذه الجهود وحدودها حيث أعلن ما سمى «المؤتمر الوطنى للقوى الشعبية» ميثاقا للعمل الوطنى ليكون «طريقا للثورة ودليلا للعمل من أجل المستقبل». وقد أكد هذا الميثاق حتمية الحل الاشتراكى وضرورة قيام الاشتراكية على أساس كفاية الانتاج وعدالة التوزيع. وقد اعتبر هذا الميثاق دليلا للعمل الشعبى والحكومى بحيث تلتزم به جميع تنظيمات وسلطات الدولة.

وأخيراً صدر ما سمى بيان ٣٠ مارس سنة ١٩٦٨ ليعيد التأكيد على ضرورة حماية «المكاسب الاشتراكية» وتدعيمها، وليوضح الصلة الوثيقة بين الحرية الاجتماعية والحرية السياسية، وأن العمل هو المعيار

الوحيد للقيمة الإنسانية. كما نص على ضرورة وضع الضمانات الكافية لحماية الملكية العامة والملكية التعاونية والملكية الخاصة، مع بيان حدود كل منها ودوره الاجتماعي. كما أوصى البيان بإنشاء محكمة دستورية عليا يخول لها الحق فى تقرير دستورية القوانين وتطابقها مع الميثاق ومع الدستور. وتمشياً مع هذه المبادئ صدر فى ٢٥ يوليو سنة ١٩٦٩ قانون جديد يحدد الملكية الزراعية بخمسين فدانا كحد أقصى للفرد الواحد، كما صدر فى ٣١ أغسطس سنة ١٩٦٩ قانون بإنشاء المحكمة العليا التي أشار إليها بيان ٣٠ مارس.

٨- ثم صدر الدستور الدائم سنة ١٩٧١ ينص على ضرورة انشاء محكمة دستورية عليا تتولى الرقابة القضائية على دستورية القوانين، وقد صدر بعد ذلك القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء المحكمة الدستورية العليا وأسند إليها الاختصاص برقابة دستورية القوانين وبتفسير القوانين والفصل فى التنازع على الاختصاص.

**عودة إلى النظام الفردى:**

٩ - توفى جمال عبد الناصر فى ٢٨ سبتمبر سنة ١٩٧٠ وقد تولى الرئيس الراحل محمد أنور السادات الحكم خلفاً له. وقد تبنى السادات فلسفة جديدة بدأ فى تطبيقها بالفعل تحت اسم الانفتاح الاقتصادى وتوجيه الاقتصاد القومى نحو اقتصاديات السوق وآلياته، وقدأثمرت هذه السياسة بالفعل فى تحقيق هذا التوجه عودة بالنظام

المصرى إلى رحاب الاقتصاد الحر تدريجياً، كما صاحب ذلك توجه جديد نحو الحريات السياسية على نحو لم يكن موجوداً فى ظل الفترة السابقة، وقد استمر الرئيس حسنى مبارك على ذات النهج وشهد عهده تدعيماً للخصخصة والتخلص من مساوئ القطاع العام، ثم تشجيع الاستثمارات الفردية. وقد صاحب ذلك على الصعيد السياسى، التخلى عن النظام الشمولى الذى كان سائداً، وتشجيع التعددية الحزبية وحرية الرأى والصحافة، واكمال مسيرة الاصلاح الاقتصادى التحررى فى ظل نظام ديمقراطى وليد يخطو ببطء نحو مؤسسات ديمقراطية ثابتة.

## المبحث الثانى

## أساس القانـــــون

١٠- يقصد بأساس القانون المصدر الحقيقى للقاعدة القانونية. وليس الهدف من البحث فى هذا الموضوع حصر نشأة القاعدة القانونية فى عامل وحيد - الأمر الذى يجافى حقيقة تعدد العناصر المؤثرة فى خلقها - بل ينصرف البحث إلى معرفة العامل الجوهرى فى هذه النشأة. ولقد قيلت فى هذا الموضوع كثير من النظريات الفلسفية، ونقتصر فى هذا المقام على التعرض بإيجاز لأبرز هذه النظريات وهى نظرية القانون الطبيعى (المدرسة المثالية)، والنظرية الواقعية:

**مدرسة القانون الطبيعى**[1]**:** L'ecole du droit naturel

١١- لم ينعقد اجماع أنصار هذه المدرسة على رأى واحد فى تحديد مفهومهم لما يسمى بالقانون الطبيعى، بل تشعبت آراؤهم فى أكثر من اتجاه، فضلا عن خضوعها للتطور بمرور الوقت.

وإذا أردنا وضع إطار عام لفقه هذه النظرية لأمكن القول أن القانون الطبيعى هو مجموعة المبادئ المثالية الأبدية الخالدة التى تصلح لكل زمان ومكان، ولا يجوز للأفراد، أو للسلطة، فى المجتمع أن تخرج عليها. وفيما عدا هذه الفكرة العامة والمبهمة اختلف أنصار النظرية فى بيان مصدر هذه المبادئ. فمنهم من أسندها إلى الإرادة الالهية، فليس للقانون من مصدر سواها، وبالتالى يجب أن تكون القواعد القانونية ترجمة أمينة لهذه الإرادة.

ومنهم من أسند قواعد القانون الطبيعى إلى العقل الإنسانى، فيجب على الإنسان بعقله أن يخضع للتنظيم المثالى للحياة فى جماعة وفق ما تمليه القواعد المنطقية والعاقلة التى يرشده إليها تفكيره. واستكمالا لهذه الفكرة تكون قواعد القانون الطبيعى، كالعقل الذى أملاها، ثابتة، خالدة لا تتغير بتغير الزمان أو المكان.

---

(١) راجع مزيد من التفصيلات: حسن كيرة، المدخل إلى القانون (١٩٦٩) ص ٩٧ وما بعدها، وعبد الفتاح عبد الباقى، نظرية القانون (١٩٥٢) رقم ٢٢.

١٢- ولقد عيب على نظرية القانون الطبيعى أنها لم تتوصل إلى اعطاء مضمون واحد وواضح لفكرة القانون الطبيعى. فليس من اليسير - على حد قول بعض نقاد هذه النظرية - أن نستخلص من الإرادة الالهية مباشرة التفاصيل الكاملة للتشريع الوضعى. كما أن القول بوجود قانون طبيعى لا يتغير بتغير الزمان أو المكان أمر لم يقم عليه الدليل من واقع الحياة أو التاريخ، فالملاحظ أن القواعد القانونية تتغير باستمرار من زمن إلى زمن ومن مكان إلى مكان فى الزمن الواحد. ففى الماضى كان الرق مثلا من الأنظمة المسلم بها اتساقا مع قواعد القانون الطبيعى، ثم صار بعد ذلك مناقضا لمبادئ هذا القانون. وفى القرنين السابع عشر والثامن عشر كان نظام السلطة الأبوية المطلقة للأب على أبنائه - فى أوروبا - من مسلمات القانون الطبيعى، ثم صارت في وقت لاحق محصورة فى أضيق الحدود.

وأخيراً فإن العقل الإنسانى، وهو مصدر القانون الطبيعى، بالنسبة لبعض أنصاره، يمكن أن يختلف لا من جيل إلى جيل أو من إقليم إلى إقليم فحسب، بل ومن فرد إلى آخر من أفراد الإقليم الواحد فى الزمن الواحد.

وأمام الاعتراضات السابقة ظهر أنصار مدرسة القانون الطبيعى ذى الحدود المتغيرة. فلا شك، وفقاً لهذا الفقه الجديد، فى وجود مبادئ ثابتة وخالدة لا تتغير توجب تحقيق العدالة واحترام حقوق الغير، وضمان

النظام الاجتماعى. ولكن تطبيق هذه المبادئ من مجتمع إلى آخر لابد أن ينتهى إلى الاختلاف فى المضمون، فلكل مجتمع أن يبحث عن الوسيلة التي تلائمه لتحقيق العدل والاستقرار والطمأنينة. وبالتالى ينتهى هذا التطوير إلى التسليم بمحورين مختلفين:

**الأول** - المبادئ المثالية الثابتة التى لا تتغير فى فكرتها.

**الثانى** - الاختلاف بين التشريعات المختلفة فى اتخاذ سبل تحقيق تلك المثل، نتيجة للاختلاف فى الظروف التى تسود فى كل منها.

١٣- وقد انتقدت هذه الفكرة بدورها نتيجة لعدم الوضوح فى ثباتها على مبادئها، إذ كيف يمكن أن يقال إن فكرة العدل مثلا فكرة ثابتة وخالدة مع التسليم بأن تطبيقها يختلف من مجتمع إلى آخر بحيث يصبح ما يعد عدلا هنا لا يعد كذلك هناك. لذلك قيل بأن التطوير المذكور قد أدى إلى مسخ فكرة القانون الطبيعى وجردها من أهم مظاهر بريقها.

لذلك ينتهى بعض الفقه الحديث إلى وجوب التسليم بوجود مجموعة من المبادئ المثالية تمثل قدراً مشتركاً فيما بين المجتمعات المختلفة، وأن على المشرع الوضعى، إذا أراد أن يكون عادلا، أن يراعى هذه المبادئ فيما يضعه من قواعد لحكم العلاقات الفردية. ومن قبيل هذه المبادئ ما يضمن: حرية الفرد، حرية العمل، حق الملكية، كفالة الحق فى الحياة.

**المدرسة الواقعية:** L'ecole positiviste

١٤- يتفق أنصار هذه المدرسة على نقطتين مبدئيتين:

**الأولى:** أن هناك قانوناً وضعياً قائماً يستند إلى الحقائق الواقعية.

**والثانية:** إجماع على انكار مدرسة القانون الطبيعي كما نادى بها أنصارها، فليس هناك قانون طبيعي ثابت وعام ومثالي، فمثل هذا الادعاء يدحضه تعدد وتنوع الأنظمة القانونية في المجتمعات المختلفة.

وإذا تجاوزنا هاتين النقطتين وتساءلنا عن كنة الحقائق الواقعية التى يستند إليها القانون لوجدنا اختلافا فى الاجابة عند أنصار المدرسة الواقعية:

- **فمنهم من وجد تلك الحقائق فى القواعد القانونية ذاتها.** فهناك قانون وضعي يتمثل فى مجموعة القواعد القانونية السارية في دولة معينة وفى زمن بذاته، ولا يعنينا إلا الاهتمام بقواعد هذا القانون دون تجاوز ذلك إلي البحث عن مبادئ مثالية يتعذر اثباتها أو التحقق من وجودها (هوبز - هيجل - كلسن).

ويتميز فكر هذا الفريق بالربط بين القانون وإرادة الدولة.

- **وذهب فريق ثان إلى البحث عن أساس القانون فى المعطيات الاجتماعية** التى تستند إليها القاعدة القانونية L'ecole sociologique

ومن دعاة هذا الفكر سبنسر SEPENCER ودور كايم DURKEIM فيجب أن نكشف عن أساس القاعدة القانونية بدءا بدراسة المجتمع الذى تحكمه، فالقانون ما هو إلا حصيلة العوامل الاجتماعية ولا شئ غير ذلك.

- **فدوركايم** مثلا يرى أن هناك وعيا جماعيا يتميز عن وعى الأفراد الداخلين فى تكوين المجتمع، وأنه يمكن من الناحية العلمية أن نستخلص من هذا الوعى الجماعى العوامل الاجتماعية التى يمكن اتخاذها كأساس للقاعدة القانونية، لأن الملاحظة العملية لهذه الظاهرة تؤدى إلى اكتشاف الهدف الأسمى للقانون والذى لا يمكن أن يكون مجرد غاية مثالية غير واقعية - كما تذهب نظرية القانون الطبيعى - بل هو بالضرورة عنصر واقعى واجتماعى.

١٥- وأخيراً نجد المدرسة الماركسية[١] école marxiste وهى من أحدث النظريات وأكثرها تأثيرا على الفكر والفلسفة القانونية، وهى تتبع إلى حد كبير مدرسة الدراسات الاجتماعية sociologique مع التركيز على الظواهر والعوامل الاقتصادية كأسباب أساسية في اخراج القاعدة القانونية وتطورها. فالقانون وفقا لهذه المدرسة ما هو إلا تعبير عن المصالح الاقتصادية للطبقة المسيطرة. كما أن تطور الحياة الاجتماعية والسياسية والثقافية محكوم عموماً بأسلوب الانتاج.

---

(١) محاضرات للمؤلف: حمدى عبد الرحمن، على طلبة الدكتوراه، نحو نظرة جديدة إلى الدراسة القانونية المقارنة (١٩٧٣) ص ١٠٠ ومابعدها.

وتحدد الماركسية نظرتها إلى القانون من خلال نظريتها عن **المادية الجدلية وصراع الطبقات**.

فوفقاً للمادية، يفسر كل ما في الحياة عن طريق المادة. فهذه الأخير تعد الحقيقة الأساسية الوحيدة، وهى تسبق كل شئ بما فى ذلك الروح الإنسانية. والمادة هى التى تحدد وعى الأفراد وأفكارهم وسلوكهم، وبصفة عامة هى التى تحكم تطور التاريخ البشرى فى جميع مظاهره.

وأهم ما فى الظروف المادية، التى تحكم التطور المذكور، هى مقومات الوجود المعيشية، أو ما تسميه الماركسية **بقوى الانتاج**. وتتكون هذه القوى من عنصرين: **وسائل الانتاج وعلاقات الانتاج**، ويطلق عليها الماركسيون تعبير البناء السفلى.

ويفرض البناء السفلى مقتضياته علي كافة الأوضاع الاجتماعية والقانونية والسياسية والدينية الفكرية (البناء العلوى) في المجتمع. فعلى أساس العوامل الاقتصادية تبنى كافة الأوضاع المذكورة، بحيث يلاحظ أن كل أسلوب من أساليب الانتاج يقتضى ويفرض هيكلا علويا يناسبه. وبالتالى فإن الأوضاع الاجتماعية والقانونية والسياسية..الخ السائدة فى مجتمع ما، فى وقت معين، تقابل نمطا معينا من أساليب الانتاج الاقتصادى.

ويؤدى تطبيق المفهوم المادى على القانون إلى نفى وجود أفكار سابقة على المادة، وبالتالى فأى قيم فلسفية أو أخلاقية مجردة تعد من

قبيل الوهم الذى لا يجوز الوقوف عنده. فالقاعدة القانونية لابد أن تنبع من الواقع المادى. وينتـــهى هذا القـــول إلى انكار أسلوب المدارس الأخلاقية ومدرسة القانون الطبيعى. فمثل هذه الأساليب تتجاوز الواقع فى استـخـلاصـهـا لما تذهب إليـه من مبـادئ، وبالتـالى تعـد فى نظر الماركسيـة - عبثا لا طائل من ورائه، وتقتـصر أهميـتها على الجانب التربوي والعقائدى.

وتأكيداً لكل الأفكار السابقة يلاحظ الماركسيون أن فى المجتمع الحرفى والزراعى، حيث تقوم الحياة الاقتصادية أساساً على جهود الأسرة كان القانون يحمى تضامن هذه الأسرة، ويؤكد شرعية السلطة الأبوية الكاملة على أفرادها. وحين تغيرت الأوضاع الاقتصادية بنشأة المصانع الضخمة، وما تبع ذلك من تشغيل النساء والأطفال استقلالا عن الأب، كان لزاما أن يفرض الاستقلال القانونى للأولاد وللمرأة ذاته بطريقة محسوسة.

ولكن القول السابق لا يعنى أن الهيكل العلوى عديم التأثير على البناء السفلى، فالحقيقة أن بينهما تأثيراً متبادلاً، وفى هذا يقول انجلز: «ان تأثير قوى الانتاج ليس تأثيرا تلقائيا، فالرجال هم صناع التاريخ، ولكن ذلك يتم من خلال واقع معين يتكون من عوامل متعددة من بينها العامل الاقتصادى الذى يمارس دوراً حاسماً، بل انه الخط الأحمر المستمر الذى يقود إلى الفهم الصحيح».

**الجدلية:** ومفادها أن كل واقع يحمل نقيضه أو بذور فنائه، ومن تصادم النقيضين يولد واقع جديد، يجمع بين ثناياه عناصر الواقع الأول ونقيضه، مما يؤدى إلى انهيارهما معاً، وظهور ما يسمى نقيض النقيض. ويكون هذا الأخير بدوره واقعا جديدا يحمل فى طياته ما يناقضه بدوره... الخ. وهكذا تظل الحياة فى تطور مستمر بسبب دوام التضاد والتناقض ودوام ما يعنيانه من استمرار النزاع والتطور فى قلب كل شئ. لذلك يتعين لكى نفهم واقعاً معيناً ألا ننظر إليه فى حالة سكون وثبات فى وضعه الذى يبدو فى الظاهر كحقيقة نهائية ومكتملة، بل علينا أن ننظر إليه كحقيقة متحركة فى تطور مستمر، وبتعبير آخر أن نعتبره فى «**صيرورة دائمة**».

يقول انجلز «يجب على الإنسان أن يكف عن طلب حلول نهائية وحقائق خالدة».

وعلى صعيد الحياة الاجتماعية تترجم الجدلية من خلال ما يفرضه نظام الانتاج من وجود طبقتين رئيسيتين، احداهما تستغل الأخرى، وما يدور بينهما من صراع حتمى بسبب التضاد والتناقض التام بين مصالحهما. وإبان هذا الصراع يتأكد دور القانون كوسيلة من وسائله، حيث تستخدمه الطبقة المسيطرة لتحقيق إرادتها وحماية مصالحها.

ويستمر الصراع قائما إلى أن تتغير علاقات الانتاج نتيجة لتطور قوي الانتاج فتحل محلها علاقات جديدة عن طريق الثورة الاجتماعية

وينتهى الأمر بالضرورة إلى دكتاتورية البروليتاريا، تعقبها مرحلة الغاء الطبقات، وصولا إلى المجتمع الشيوعى. وفى هذه المرحلة الأخيرة تختفى الدولة وتختفى معها جميع وسائل القمع: الدولة، القانون، المحاكم، والبوليس.

**أفول نجم الماركسية:**

شهدت السنوات الأخيرة من القرن العشرين انهياراً هائلاً فى تطبيق النظرية الماركسية. فقد انهار الاتحاد السوفيتي بحسبانه إمام الماركسية والاشتراكية فى العالم، وقد ترتب علي انهياره تفككه كدولة واحدة، حيث ذابت الكتلة الشرقية وتفرقت إلى دول تبحث كل منها عن مستقبلها الخاص والمستقل بما فى ذلك دولة روسيا ذاتها. وقد صاحب ذلك انهيار الفكر الاشتراكى فى هذه الدول واتجاهها إلى النظم الحرة سواء على المستوى السياسى، حيث بدأت الدول الاشتراكية (سابقا) تتبنى النمط الديمقراطى القائم على الفلسفة الفردية، أو على المستوى الاقتصادى حيث بدأت هذه الدول اتجاها واضحا وجذريا نحو الرأسمالية والخصخصة واقتصاديات السوق الحرة وآلياتها.

## المبحث الثالث

## تحديد المقصود ببعض الاصطلاحات

## المتعلقة بدراسة القانون

**القانون Le droit والقاعدة القانونية La regle de droit :**

١٦- يستفاد مما سبق ذكره فى مطلع هذا الفصل أن هدف القانون هو تنظيم روابط الأفراد فى المجتمع، وأن وسيلته فى ذلك هي فرض قواعد سلوكية تحدد للفرد ما له وما عليه. وتسمى هذه القواعد بالقواعد القانونية. فالقاعدة القانونية إذن هى الوحدة التى يتكون منها القانون.

وحين نطلق كلمة القانون بغير تحديد يكون المقصود بها مضمون فكرة القانون ذاتها بغير تخصيص بمكان أو زمان. فإذا قصد بالكلمة التنظيم السائد فى بلد معين قيل «القانون الوضعى» مع اضافة اسم البلد المقصود، كأن يقال مثلا القانون الوضعى المصرى أو القانون الوضعى الليبى، فى هذه الحالة ينصرف التعبير إلى مجموعة القواعد القانونية السائدة فى هذا البلد أو ذاك فى الوقت الحالى.

**فروع القانون:**

لو نظرنا إلى القانون الوضعى فى بلد معين وجدنا أنه يتفرع إلى عدة فروع تبعاً لنوعية العلاقات التى يحكمها كل فرع من هذه الفروع.

فهناك القانون المدنى الذى ينظم العلاقات الفردية مالية كانت أو أسرية، وهناك القانون التجارى الذى ينظم علاقات التجار والأعمال والأوراق التجارية، وهناك القانون الدستورى الذى ينظم علاقات سلطات الدولة المختلفة... الخ، وفى مثل هذه الأحوال يكون ذكر كلمة القانون مرتبطا بالوصف المحدد لمضمونها المقصود.

**القانون Le droit والتشريع Le loi:**

حين تطلق كلمة قانون بغير تحديد، أو حين يلحق بها وصف «الوضعى»، فإنها تنصرف إلى مجموعة القواعد التى تفرض على الأفراد أنماطاً محددة للسلوك. ولكن هذا المعنى لا يقتصر على نوع من هذه القواعد دون آخر بحسب مصدرها أو بحسب الشكل الذى اتخذته فى وجودها. بمعنى أن التعريف ينصرف إلى كل القواعد القانونية سواء ما صدر منها عن السلطة التشريعية (البرلمان)، سواء ما تكون قد صدرت عن طريق العرف وبغير تدخل من سلطات الدولة.

وبدءاً من هذا الايضاح نستطيع أن نذكر أنه فى داخل القانون الوضعى بمعناه السابق يوجد ما يسمى بالتشريع، ويقصد به القواعد القانونية المكتوبة الصادرة عن السلطة التشريعية فى صدد تنظيم موضوع معين، كتشريع الاصلاح الزراعى، وتشريع السلطة القضائية وتشريع المحاماة.. وقد جرى العمل على استخدام كلمة قانون فى هذا المجال أيضا فيقال قانون الاصلاح الزراعى مثلا. لذلك يجب أن نلاحظ

أن لفظ القانون على هذا النحو السابق (التشريع) وفى ذلك المجال المحدد يعتبر أضيق منه بالمعنى الأول (القانون الوضعى).

**النظام القانونى** l'institution juridique **والشريعة** systéme juridique:

**يقصد بالنظام القانونى أحد معنيين:**

**الأول** يغطى مجموعة القواعد القانونية السائدة فى بلد معين، فيقال مثلا النظام القانونى المصرى، ويستخدم هذا الوصف عادة بمناسبة التأكيد على بعض الصفات المميزة للنظام القانونى فى بلد معين.

أما **المعنى الثانى** فينصرف إلى قطاع معين فى داخل النظام القانوني بالمعنى السابق. فيطلق الوصف على مجموعة القواعد التى تنظم مسألة معينة فيقال مثلا النظام القانونى للزواج، ويقصد به فى هذه الحالة مجموعة القواعد التى تنظم الزواج فى نشأته وفى استمراره وفى انحلاله وما يتبع كل ذلك من آثار، أو النظام القانونى للملكية الزراعية ويقصد به مجموعة القواعد التى تنظم الملكية فى اكتسابها واستغلالها والتصرف فيها وما قد يرد على كل ذلك من قيود.

أما لفظ الشريعة فيطلق على معنى أكثر شمولا مما سبق، وهو مجموعة قوانين الدول التى ترتبط فيما بينها بخصائص مشتركة أو الصادرة عن مبادئ واحدة. ومثال ذلك الشرائع الأنجلو سكسونية وتطلق على القوانين الانجليزية والأمريكية والقوانين التى أخذت عنهما، وذلك

نظراً لاشتراكها جميعا من حيث المصدر والمبادئ. والشرائع اللاتينية وتطلق على مجموعة القوانين المستندة إلى القانون الرومانى كالقانون الفرنسى والقانون المصرى إلى حد ما وبعض قوانين أمريكا اللاتينية.

ويستخدم لفظ الشريعة بالمعنى السابق عادة فى الدراسات المقارنة[1].

**خطة البحث:**

عرضنا فى الفصل التمهيدي السابق لبعض الأفكار اللازمة للدخول إلى دراسة مبادئ القانون. ولقد انصب الاهتمام فيه على فكرة القانون فى نشأتها وعموم تعريفها وما يلحق بها من اصطلاحات وأفكار فلسفية. غير أن دراسة المدخل تشمل، فضلا عن **نظرية القانون**، موضوع **نظرية الحق** التى لم نتعرض لها إلا عرضاً فى علاقتها بفكرة القانون. ذلك أن تجنب الدخول فى تفصيلات أوسع عن فكرة الحق يعد إمراً مفهوما فى المرحلة الحالية للدراسة، وذلك نظراً لصعوبتها البالغة. لذلك سنستبقي هذه الفكرة للقسم الثانى حيث ندرسها بشئ من التفصيل. وعلى ذلك سنعرض فى القسم الأول **لنظرية القانون** حيث نبين جوهر القاعدة القانونية وتعريفها، وخصائصها العامة، ومصادرها،

---

(١) مع ملاحظة أن كلمة شريعة تستخدم أيضا استخداماً خاصاً فى الدول الإسلامية، حيث يقصد بها الشريعة الإسلامية خاصة فى مقارنتها بأحكام القانون الوضعى.

وتصنيفاتها، وتفسيرها، ونطاق تطبيقها من حيث المكان ومن حيث الزمان.

ونعرض فى القسم الثانى لنظرية الحق، حيث تشمل الدراسة تعريف الحق، وبيان مضمونه وعناصره من حيث شخص الحق ومحل الحل وحماية الحق.

# القسم الأول
# نظريـــة القانـــون

# الباب الأول

## التعريف بالقاعدة القانونية

١٧- قلنا أن هدف القانون هو تحقيق التنسيق والتوازن فى العلاقات الاجتماعية، وهو يفرض على الأفراد فى سبيل تحقيق هدفه قواعد محددة للسلوك يلتزمون باتباع مضمونها.

بيد أن الهدف الاجتماعى لا يمكن تحقيقه فى المرحلة الحالية لتطور المجتمعات البشرية بغير استخدام القوة عند الاقتضاء. وبالتالى كان لابد أن تكتسب قاعدة السلوك صفة تقويمية لا تكتمل لها الفعالية بغير جزاء توقعه الدولة، ويكفل لقاعدة السلوك عنصرى الالزام والاحترام.

ويتكون القانون - كما سلف القول - من مجموعة قواعد السلوك تلك، ولذلك جرى تعريفه على أنه مجموعة القواعد القانونية التى تحكم سلوك الأفراد على وجه ملزم.

«فالقاعدة هى الوحدة التى يتكون منها القانون»، لذلك كان أن تبدأ دراسة نظرية القانون بتعريف القاعدة القانونية وبيان خصائصها وما يميزها عن غيرها من قواعد السلوك الأخرى فى المجتمع.

## الفصل الأول
## تعريف القاعدة القانونية
## وبيان خصائصها المميزة

١٨- يمكن تعريف القاعدة القانونية بأنها قاعدة سلوك عامة ومجردة تحكم علاقات الأفراد في المجتمع على وجه ملزم. ويبين من هذا التعريف أن للقاعدة القانونية خصائص ثلاث:

فهى **أولا**: قاعدة سلوك اجتماعى.

وهى **ثانيا**: قاعدة عامة ومجردة.

وهى **أخيراً** قاعدة ملزمة.

**أولا - القاعدة القانونية قاعدة سلوك اجتماعى:**

١٩- فالقانون لا يتصور إلا فى مجتمع، لأن هدفه هو تنظيم الوقائع والعلاقات الناشئة عن تعايش أكثر من شخص فى مجتمع منظم إلى حد ما. وفى سبيل تحقيق هدفه يوجه القانون خطابه إلى الأفراد بما يفيد اقتضاءه أن تحدث تلك الوقائع والعلاقات فى صورة معينة، فإن خرجت عنها تحقق ما نسميه المخالفة القانونية، ووجب توقيع الجزاء. فالقانون لا يقر العدوان، مثلا، وتحقيقا لهذا المبدأ صاغ قواعد متعددة.. منها أن كل من ارتكب خطأ ترتب عليه الإضرار بالغير يلتزم بتعويض هذا الغير عما لحقه من أضرار، وأن كل من قتل نفساً عمداً مع سبق اصرار يعاقب بالاعدام.

لذلك قيل بحق إن القاعدة القانونية «قاعدة تقويمية» تهدف أن يكون سلوك الأفراد على وجه معين، فإن تحقق التطابق بين هذا السلوك ومضمون القاعدة تحققت غاية القانون بطريقة مثالية، وإن لم يتحقق هذا التطابق كان الجزاء كفيلا بزجر المخالف حتى لا يعود وردع غيره عن اتيان ذات المخالفة.

وتتميز القاعدة القانونية كقاعدة سلوك بأنها تهتم فقط بالسلوك الخارجي للإنسان، إذ لا شأن لها بالظواهر الداخلية كالمشاعر والاحساسات. فهذه الأخيرة لا سلطان للقانون عليها، حتى على فرض تنافيها مع المثل العليا للمجتمع، كالاحساس بالكراهية والحقد. طالما اقتصرت هذه الاحساسات على الشعور الداخلى، ولم تتعد ذلك إلى تحريك تصرف خارجي يخالف القانون، كالسرقة أو الضرب أو القتل. فإذا تعدت هذه الحدود اهتم القانون بنوايا الأفراد ودوافعهم فى الحدود التي ارتبط فيها بالسلوك الخارجي. فحين يتعدى شخص على آخر بالقتل فإن القانون يهمه أن يعرف هل دبر القاتل جريمته وصمم عليها قبل ارتكابها، أم أنه ارتكب فعله عن طريق مجرد الخطأ. ومن الواضح أن درجة الجرم، وبالتالى قدر الجزاء، يختلف فى الحالة الأولى عنه فى الحالة الثانية.

وأخيراً يجدر بالملاحظة أن القواعد القانونية لا تضم كافة قواعد السلوك الاجتماعية. فالمجتمع لا يقتصر فى ضبطه وتنظيمه السلوك

أفراده على وسيلة القاعدة القانونية، بل يعتمد إلى جانب ذلك على قواعد أخرى متعددة، كقواعد الدين، وقواعد المجاملات. وسنعرض فيما بعد للتفرقة بين هذه القواعد والقاعدة القانونية.

**ثانيا - القاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة:**

٢٠- ويقصد بهذه الخاصة أن القاعدة القانونية تتوجه بخطابها إلى كافة الأفراد (أو الوقائع) الذين تتوافر فيهم شروط انطباقها، فهى لا تخاطب فردا (أو واقعة) بعينه، أو مجموعة من الأفراد المعينين بذواتهم. فليس من المتصور عملا أن تواجه القاعدة القانونية كل ما يحدث في المستقبل من فروض وحالات فردية، بصفتها تلك، لأن مثل هذه المحاولة محكوم عليها بالفشل مقدما، كما أنها لو تحققت فإنها قد تخل بمبدأ المساواة فيما بين الأفراد. لذلك كان لزاما أن يوجه الخطاب وفقا لأسس موضوعية مجردة. وتتحقق صفة العمومية بغير شك إذا ما انصرف خطاب القاعدة إلى كل من تتوافر فيهم شروط انطباقها من بين كافة المقيمين على أرض الدولة. فقانون التجنيد يوجه خطابه إلى كافة المواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط الخاصة بالسن والجنس واللياقة البدنية الموضوعية فيه، كذلك الحال بالنسبة لقواعد قانون التوظيف.

وتتوافر هذه الخاصة أيضا حتى لو انصرف خطاب القاعدة إلى أفراد طائفة محددة من بين طوائف المجتمع طالما أن انطباقها عليهم منوط بتحقق شروط وضعتها هذه القاعدة. ومثال ذلك قواعد قانون المحاماة

وقواعد القانون التجارى. فهذه القواعد لا تسرى إلا على طائفة معينة هى طائفة المحامين أو التجار، ومع ذلك فصفة العمومية تظل قائمة طالما كان خطاب القاعدة القانونية موجهاً إلى من يتوافر فيه وصف معين أو شروط محددة وليس موجها إلى شخص بعينه أو أشخاص محددين بذواتهم.

ولا تعنى صفة العمومية تلك وجود انطباق القاعدة القانونية فعلا على أكثر من شخص واحد، فقد يحدث ألا تنطبق عملا سوى على شخص واحداً فى فترة زمنية معينة، ومع ذلك تبقى صفة العمومية قائمة طالما أن هذا الفرد لم يقصد لذاته بل لتوافر شروط القاعدة فى شخصه: مثال ذلك القواعد الخاصة باختيار رئيس الدولة أو رئيس المحكمة الدستورية العليا والاختصاصات التى يمارسها كل من يتولى مثل هذه الوظائف.

- وينبنى على التحديد السابق أن انتفاء صفة العمومية يؤدى إلى انتفاء وصف القاعدة القانونية.

لذلك فالنص الذى يضع شروط التعيين فى وظيفة معينة يعتبر قاعدة قانونية، فى حين أن القرار الصادر بتعيين شخص معين على درجة هذه الوظيفة يعتبر قراراً فردياً. كذلك الحال بالنسبة للنص الذى يقرر أن كل من ارتكب خطأ ترتب عليه ضرر بالغير يلتزم بتعويض هذا الغير عما أصابه من ضرر، فهذا النص يضع قاعدة قانونية لا توجه خطابها إلى

شخص بذاته. فإذا ما حدث أن صدر حكم يقضى بالزام المخطى بتعويض الضرر، فإن هذا الحكم هو مجرد قرار فردى.

وعلى ذلك فإن القاعدة القانونية بعموميتها لا تنتهى بانطباقها على حالة فردية أو أكثر، بل تواصل مسيرتها لتطبق على كل حالة توافرت فيها الشروط الواردة بها. أما القرار الفردى فإنه يحقق هدفه ويستنفد أثره بانطباقه على الحالة الفردية التى صدر بشأنها.

ويحقق عنصر العمومية فى القاعدة القانونية المساواة بين الأفراد ويبعد القانون عن أن يكون أداة للتحكم أو التعسف. فالقاعدة لا تنطبق على شخص بذاته (أو واقعة معينة) إلا إذا توافرت فيه الشروط والأوصاف المدرجة بها بغير تمييز بين شخص وآخر (أو بين واقعة وأخرى).

**ثالثا- القاعدة القانونية قاعدة ملزمة:**

٢١- لابد، لكى تحقق القاعدة القانونية هدفها فى اقرار الأمن والتوازن بالنسبة للمصالح والحقوق المختلفة فى المجتمع، من أن يتخذ حكمها صورة الأمر الملزم للمخاطبين بأحكامها. ومعنى ذلك ألا يتبع المشرع مع الأفراد أسلوب ابداء النصح أو مجرد اقتراح الحلول وإلا أخطأ السبيل إلى تحقيق ما توخاه من هدف.

ولا يمكن توفير عنصر الالزام للقواعد القانونية إلا إذا كنا بصدد

مجتمع على قدر من التنظيم السياسى، بما يعنيه ذلك من معنى الخضوع لسلطة تملك قدرة الأمر والنهى وتوقيع الجزاء، سواء اتخذ هذا التنظيم صورة الدولة بمعناه الحديث، أم اتخذ صورة مجتمع أقل تطورا كالأسرة أو العشيرة أو القبيلة أو اقطاعية الأمير فى العصور الوسطى.

فالدولة إذن هى التى تقوم فى العصر الحديث على إعمال عنصر الالزام فى القاعدة القانونية، وهى تؤدى هذه المهمة إما فى مرحلة سابقة على وقوع المخالفة أو فى مرحلة لاحقة.

ففى المرحلة السابقة تقوم سلطات الدولة بتوقى الضرر قبل وقوعه إذ تسهر على حماية الأمن لمنع ارتكاب جرائم القتل والسرقة.. كما تقوم بمنع المظاهرات مثلا أو الاشراف على سيرها بقصد حماية الأرواح والأموال من عبث العابثين.

وإلى جانب ذلك الأسلوب الوقائى يوجد العلاج اللاحق على وقوع المخالفة، فحين يقع المحظور فإن تأكيد حماية القانون وصفته الملزمة لا يتأتيا إلا بتوقيع جزاء كاف لزجر المخالف وردع غيره. فالجزاء يكون إذن عنصراً أساسياً لفكرة الالزام فى القاعدة القانونية.

ونوضح هنا أن ضرورة الجزاء وتدخل السلطات العامة، لإجبار الأفراد على طاعة القانون، ليس معناها أن احترام القانون لا يتأتى بغير استخدام هذه الوسائل فعلا. فالوضع المثالى هو أن ينصاع الأفراد لحكم القاعدة القانونية من تلقاء أنفسهم وبمحض اقتناعهم، وأن يظل الاجبار

والجزاء أوضاعا استثنائية تمثل حالة مرضية عارضة.

ورغم تحقق هذا الانصياع الاختياري في كثير من الحالات فإن عنصر الجزاء ليس بمنأى عن المساهمة في تحقيق هذه النتيجة، فالأفراد ينصاعون لحكم القانون لعلمهم بوجود الجزاء ولخشيتهم من انطباقه عليهم. صحيح أن هذه الملاحظة الأخيرة قد لا ترضى النظرية المثالية للإنسان ولكن القول بعكس ذلك لا يطابق - مع الأسف - حقيقة مستوى النضج الاجتماعي للفرد في الوقت الحالي.

فما هو الجزاء؟ وهل يمكن أن تخلو منه قاعدة قانونية؟ وما هي أهم صوره؟

**تعريف الجزاء:**

٢٢- يعرف الجزاء بأنه الأثر الزاجر المحسوس الذي تلحقه سلطات الدولة بالشخص نتيجة مخالفته للقاعدة القانونية.

فهو أثر زاجر بمعنى أنه يتخذ صورة جزاء يلحق من خالف القانون، ولذلك فلا يدخل تحت هذا الوصف ما قد يجنيه الفرد من مزايا نتيجة اتباعه لحكم القانون.

وهو أثر محسوس يلحق المخالف في شخصه (كالسجن) أو في ماله (كالغرامة أو التعويض).

و الجزاء يوقع على المخالف حال حياته وذلك بعكس الجزاء الديني الذي يرجأ إلى الآخرة.

ويتميز جزاء القاعدة القانونية بأن الدولة هي التي تقوم على تطبيقه. فحين تقع المخالفة تقوم السلطة العامة باتخاذ الخطوات والإجراءات التي رسمها القانون والتي توصل إلى توقيع الجزاء.

وقد تقوم الدولة بهذه المهمة تلقائياً وبغير حاجة إلي شكوي من المضرور كما هو الحال بالنسبة للدعوى الجنائية في أغلب صورها، وذلك نظرا لمساس المخالفة بالمصالح الأساسية للمجتمع ولأمنه واستقراره. وفي حالات أخرى يعلق القانون تحرك السلطة العامة على تقديم الشكوى ممن أضرت المخالفة بمصالحه، كما هو الحال بالنسبة للدعوى الجنائية في بعض صورها (السرقة بين الأقارب حتى درجة معينة - كالدعوى المدنية عموما).

ويبين مما سبق أن الدولة تحتكر في جميع الأحوال سلطة توقيع الجزاء. ومعنى ذلك أنه لا يجوز للأفراد بأية حال أن يتولوا بأنفسهم حق توقيع الجزاء بالنسبة للمخالفات التي تقع على حقوقهم. فالمجتمع الحديث ينكر نظام «القضاء الخاص» الذي كان يبيح للفرد في المجتمعات القديمة سلطة اقتضاء حقه بوسائله الخاصة. أما في الوقت الحاضر فإننا لا نجد أثراً لهذا النظام سوى في بعض الصور القليلة والاستثنائية والتي ما بقيت إلا لاعتبارات مقنعة اجتماعيا ومنطقيا: حق الدفاع الشرعي وحق الحبس والدفع بعدم التنفيذ.

**ضرورة الجزاء:**

٢٣- تساءل بعض الفقهاء عن حقيقة ضرورة الجزاء لوجود القاعدة القانونية فذهب فريق منهم إلى التشكيك فى ضرورة وجوده، وقد استدلوا لتأييد وجهة نظرهم بوجود قواعد قانونية لا تتضمن جزاءا محددا مثل قواعد القانون الدولى.

غير أن هذا الرأى لم يصمد أمام انتقادات أغلبية الفقه. فقد سبق أن رأينا مدى لزوم الجزاء لوجود القاعدة القانونية، أما ما قيل بشأن قواعد القانون الدولى فأمره مختلف. فتطبيق قواعد القانون الدولى تحكمه مرحلة التطور التى يمر بها المجتمع الدولى ذاته. ذلك أن هذا المجتمع لم يتوصل إلى خلق سلطة عليا فعالة تملك فرض احترام قواعد القانون الدولى وتوقيع الجزاء على من يخالفها. فليس أمام المعتدى عليه فى وقتنا الحاضر سوى الاعتماد على قوته الذاتية، وقوة من يقبل التحالف معه للدفاع عنه (وذلك نظرا لضعف مؤسسات الأمم المتحدة).

وليس معنى ذلك أن عنصر الجزاء غير متوافر فى قواعد القانون الدولى، ولكنه يعنى فقط أن وجوده ليس بذات درجة الوضوح التى يتمتع بها وجود الجزاء فى قواعد القانون الداخلى. ومرجع ذلك اختلاف مراحل تطور كل من المجتمع الداخلى والمجتمع الدولى، وما يلازم هذا الاختلاف من تباين فى أسلوب وظروف توقيع الجزاء.

والخلاصة إذن هى أن القاعدة القانونية كقاعدة سلوك اجتماعى لا

يتحقق لها هذا الوصف الأخير إذا لم يتوافر لها عنصر الالزام، ولكى تكون أية قاعدة سلوك ملزمة فعلا يجب كفالة احترامها عن طريق جزاء محدد: دينى، خلقى، أو مادى. فبغير الجزاء لا يكون للالزام مضمون الفعالية الكافية لكى يحمل هذا الوصف، وإلى هنا تتفق القاعدة القانونية مع غيرها من قواعد السلوك الاجتماعى (كالقواعد الدينية والقواعد الخلقية)، ولكن ما يميز القاعدة القانونية هو أن عنصر الالزام فيها مكفول بجزاء دنيوى ومادى من ناحية، وأن فرض عنصر الالزام وما قد يتبعه من توقيع الجزاء إنما تتكفل به السلطات العامة للدولة من ناحية أخرى.

**صورة الجزاء:**

للجزاء صور شتى، باختلاف القاعدة القانونية التى خولفت، أهمها الجزاء المدنى والجزاء الجنائى، والجزاء السياسى، والجزاء الإدارى.

**الجزاء المدنى:**

– هو الأثر الذى يرتبه القانون على مخالفة قاعدة تحمى مصلحة خاصة أو حقاً خاصاً، ويتراوح هذا الجزاء بين التنفيذ العينى إن كان ممكنا، أو التنفيذ بمقابل (التعويض)، أو البطلان. وهى صور مختلفة تعكس محاولات ازالة آثار المخالفة للقاعدة القانونية. فحين يمتنع شخص عن الوفاء بما التزم به، كامتناع البائع عن تسليم الشئ المبيع أو امتناعَ المؤجر عن تسليم العين المؤجرة، فإن الجزاء يكون هنا فى صورة

تنفيذ عينى لجبر الممتنع عن الوفاء بما التزم به.

بيد أن التنفيذ العينى قد يكون متعذرا، أو مستحيلا، في بعض الأحيان كما هو الحال فى حالة الالتزام بالقيام بعمل معين (كالتزام فنان بالغناء فى حفلة معينة والتزام رسام برسم لوحة) فهنا لا يمكن قهر الملتزم عن أداء العمل رغم إرادته، كذلك فى حالة تسبب شخص فى تشويه جسد آخر عمدا أو عن طريق الخطأ، فهنا أيضا لا يمكن اعادة الحال إلى ما كانت عليه. فى مثل هذه الفروض يكون الجزاء البديل للتنفيذ العينى هو التنفيذ بمقابل، أى الحصول على تعويض يغطى الأضرار التى لحقت بالمضرور.

وأخيرا قد يتمثل الجزاء المدنى فى ابطال الأثر الذى قصد الأفراد إلى تحقيقه خلافا لمقتضى القاعدة القانونية. فالقانون يفرض مثلا شروطاً أساسية لصحة العقود كضرورة مشروعية السبب ومشروعية المحل، فإن خالف الأفراد مثل هذا الشرط وقع اتفاقهم باطلا أى مجردا عن إحداث أثره القانونى.

**٢- الجزاء الجنائى:**

٢٥- وهو أشد صور الجزاء القانونى قسوة. فقد قدر المشرع أن هناك من المخالفات ما يستدعى جزاء أكثر شدة وأكمل ردعا لاخلالها اخلالا جسيما بأمن وسلم الجماعة، فاعتبر هذه المخالفات جرائم تستحق نظاما خاصا أودعه ما يسمى بالقانون الجنائى، وتصف قواعد هذا القانون أكثر الأفعال خطورة بأنها جناية، تليها الجنحة، ثم المخالفة وهى أقل

الجرائم خطورة. ويتدرج جزاء هذه الجرائم تنازليا بدءً بالاعدام، فالأشغال الشاقة المؤبدة، فالسجن، فالحبس، فالغرامة.

فالجزاء الجنائى قد يكون عقوبة بدنية وقد يكون أثراً مالياً، وقد يجيز القانون للقاضى أن يجمع فى حكمه بين النوعين بأن يحكم مثلا بالحبس والغرامة فى آن واحد.

وأخيراً يجدر أن نلاحظ أن ارتكاب فعل واحد قد يترتب عليه جزاء جنائى وجزاء مدنى فى ذات الوقت، فارتكاب جريمة السرقة قد يحكم فيها على المتهم بالسجن والزامه فى نفس الوقت بتعويض صاحب الشئ المسروق. كذلك الحال بالنسبة لجريمة القتل التى يترتب عليها إلى جانب الجزاء الجنائى حق أقارب المجنى عليه فى تعويض ما أصابهم من ضرر.

**٣- الجزاء السياسى:**

٢٦- وهو الجزاء الذى يترتب على مخالفة أسمى القواعد القانونية فى الدولة وهى قواعد الدستور. وتتميز هذه الصورة بأنها تحمل مضمونا أكثر اتساعا من مضمون فكرة الجزاء التى سلف ذكرها، ويرجع ذلك إلى اختلاف طبيعة العلاقات التى يحكمها القانون الدستورى عن طبيعة تلك التى تحكمها الفروع الأخرى للقانون. وقد انعكست هذه الخاصية على التعريف الذى أسبغه البعض على الجزاء السياسى حين ذكروا أنه قد يتمثل فى مجرد رد الفعل السياسى والاجتماعى لمخالفة القاعد الدستورية. ولذلك فقد يتمثل الجزاء السياسى فى إعمال المسئولية

الوزارية للحكومة أمام البرلمان، وفى حق رئيس الدولة فى حل مجلس الشعب، كما قد يتمثل فى ثورة الرأى العام بالتظاهر وإثارة الاضطرابات.

**٤- الجزاء الإدارى:**

٢٧- وهو الجزاء الذى توقعه السلطات الإدارية على العاملين فى الدولة عند ارتكابهم للمخالفات الإدارية، ويتراوح هذا الجزاء بين الفصل من الخدمة والوقف عن العمل والخصم من المرتب وتأخير الترقية والحرمان من العلاوات والانذار ولفت النظر.

## الفصل الثانى

## التفرقة بين القاعدة القانونية والقواعد الاجتماعية الاخرى

٢٨- لا يعتمد المجتمع على القاعدة القانونية وحدها فى حكم ما ينشأ بين أفراده من روابط وعلاقات، بل يعتمد أيضا على مجموعة أخرى من قواعد السلوك الاجتماعى. فقواعد الدين وقواعد الأخلاق وقواعد المجاملات ما هي إلا قواعد سلوك اجتماعى تفرض على الأفراد اطاراً يجب أن تدور فى حدوده أفعالهم وتصرفاتهم. ورغم ما قد يجمع بين هذه القواعد والقاعدة القانونية من سمات إلا انها متميزة عنها من نواح شتى.

### أولا - القاعدة القانونية وقواعد الدين:

٢٩- الدين هو مجموعة المبادئ التى تعتقد مجموعة من الناس أنها صدرت عن الله سبحانه وتعالى. وتصدر هذه المبادئ في صورة أوامر باتباع بعض أنماط السلوك ونواهٍ باجتناب أخرى، مع ربط هذه الأوامر والنواهى بعقاب يهدد المخالف.

وتتفق قواعد الدين مع القواعد القانونية فى أن هدفها النهائى هو تنظيم المجتمع الإنسانى ورفاهيته، غاية الأمر أن وسيلة الدين إلى تحقيق هذا الهدف تعتبر أوسع نطاقا. فالدين لا يقتصر على تنظيم علاقة الفرد بغيره بل يتجاوز ذلك إلى تنظيم علاقته بربه وعلاقته بنفسه. كل ذلك

سعيا وراء سمو الإنسان إلى أكمل مدارج الرقى.

غير أن فروقا أساسية بين كل من النوعين:

١- من حيث نطاق اهتمام كل منهما، هناك كثير من الأمور لا يعنى القانون بتنظيمها فى حين توليها الأديان عناية فائقة. فالدين يهتم مثلا بالبواعث والنوايا فى حد ذاتها، ولو لم ترتبط بسلوك خارجى. فهو يدعو إلى المودة وتجنب المشاعر السيئة نحو الآخرين. ويرجع ذلك الاهتمام إلى أن الدين يسعى إلى الارتقاء بالمجتمع عن طريق تربية الإنسان الكامل. أما القانون فقد سبق أن ذكرنا أن اهتمامه ينصب أساساً على العلاقات الاجتماعية وما يرتبط بها من مظاهر السلوك الخارجى.

ومن ناحية أخرى ينظم القانون أموراً لا تنظمها الأديان بطريقة محددة، كالقواعد القانونية الخاصة بتنظيم المرور، أو قوانين تنظيم البناء. ومن ناحية ثالثة هناك أمور يتداخل فيها الاهتمام المتبادل بين الدين والقانون، ومن أهمها تنظيم علاقات الزواج والأسرة.

٢- من حيث الصياغة، نجد أن القانون يحرص على صياغة قواعده فى نصوص واضحة لمواجهة فروض محددة. أما الدين فإن أحكامه تصاغ فى كثير من الأحوال فى اطار مبادئ وأوامر عامة.

٣- من حيث الجزاء، تعتمد القاعدة القانونية على الجزاء المادى المحسوس الذى يطبق على المخالف بعد وقوع المخالفة مباشرة. أما الدين

فإن جزاؤه مؤجل، بصفة أساسية، إلى الآخرة.

**ثانيا - القاعدة القانونية وقواعد الأخلاق:**

٣- قواعد الأخلاق هى مجموعة القواعد المثالية التى توصل إليها المجتمع لدعم الخير والحض عليه وقمع الشر ومحاربته بين أفراده.. ومن أمثلتها قواعد الدعوة إلى التعاون ومساعدة الضعفاء وتجنب الكراهية والكذب النفاق. وتتفق قواعد الأخلاق مع القواعد القانونية فى أن كل منهما تمثل قواعد سلوك اجتماعية عامة.. كما تتفقا فى أن كل منهما يسعى فى النهاية إلى تنسيق وتنظيم التعايش بين الأفراد.

وفيما عدا أوجه الشبه تلك فإن القاعدة الخلقية تختلف عن القاعدة القانونية من عدة وجوه:

١- من حيث نطاق اهتمام كل منهما، تسعى قواعد الأخلاق إلى تقويم شخصية الفرد والارتقاء بها، فى حين لا تهتم القاعدة القانونية سوي بسيادة النظام الاجتماعى، وبالتالى بتنسيق الروابط بين الأفراد. لذلك ففي الوقت الذى يقتصر فيه القانون على تنظيم علاقة الفرد بأمثاله نجد أن الأخلاق تتعدى ذلك إلى توجيه واجب الفرد نحو نفسه وما يعتمل في ضميره من نوايا واحساسات.

ويؤدى هذا الاختلاف إلي احتمال انقطاع الصلة أحياناً بين دائرتى نشاط كل منهما. فهناك مسائل يعالجها القانون ويهتم بها،

فى الوقت الذى لا تلقى فيه هذه المسائل أى اهتمام من جانب القواعد الأخلاقية. ومثال ذلك قوانين التنظيم وقوانين الضرائب.. وعلى العكس هناك من المفاهيم الأخلاقية ما لا يلقى من القانون اهتماماً تفصيلياً أو محدداً كواجبات التعاون والمساعدة وفعل الخير بصفة عامة.

غير أن هذا لا يعنى انقطاع الصلة بين القانون والأخلاق، ذلك أن الإنسان حين يضع قوانينه إنما يصيغها على ضوء حصيلة تجاربه ومفاهيم القيم التى استقر عليها مجتمعه. لذلك كان من الطبيعى أن تأتى كثير من القواعد القانونية معبرة عن مضمون قواعد أخلاقية استقرت فى المجتمع. فما ينص عليه القانون من أحكام تحرم القتل والسرقة والنصب والاختلاس.... الخ.. ليس إلا اقراراً للأخلاق الفاضلة.. وإذا نظرنا إلى تطور القاعدة القانونية، من زاوية علاقتها بالأخلاق، لوجدنا أن الصلة بينها تتأكد باستمرار، فبعض مبادئ المساعدة ومد يد العون، التى كانت حتى وقت قريب مجرد قواعد أخلاقية، صارت اليوم واجبات قانونية محددة يدعمها جزاء رادع (قوانين العمل).

٢- من حيث الصياغة، وتوضع القاعدة القانونية فى نص محدد وواضح كما سبق القول.. أما القواعد الخلقية فهى مبادئ عامة تستقر فى ضمائر الأفراد ووجدانهم.. وبالتالى فإن درجة الاستجابة لها والامتثال لمضمونها تتفاوت من شخص لآخر.

٣- من حيث الجزاء تتميز قواعد الأخلاق بأنها تتضمن جزاء

معنوياً بحتاً، يتمثل فى تأنيب الضمير وتوبيخ المجتمع وازدرائه، وبالتالى فهو جزاء لا تشرف على تنظيمه أو تطبيقه أية سلطة منظمة، وذلك بخلاف جزاء القاعدة القانونية.

**ثالثا - القاعدة القانونية وقواعد المجاملات:**

٣١- قواعد المجاملات هى مجموعة المبادئ التى تستهدف جعل الحياة أكثر رقة وتهذيباً، وذلك بدعوة الأفراد إلى بذل مزيد من العناية المتبادلة فى المناسبات المختلفة، كالتهنئة فى المناسبات السعيدة، وزيارة المرضى وأداء واجب العزاء.. فهى قواعد أقرب إلى الكماليات الحياتية، ولكنها كماليات أصبحت مع ارتقاء شعور الإنسان واستمرار سعيه إلى التضامن ضرورية لسعادة الإنسان وهنائه.. ومع ذلك فمن الواضح أن قواعد المجاملات تبقى بعيدة عن ضروريات التنظيم القانونى.. أما عن جزاء مخالفتها فإنه يتمثل فى مجرد الاستنكار ورد المعاملة بمثلها.

## الباب الثانى

## مصادر القاعدة القانونية

**تمهيد:**

٣٢- يقصد بكلمة مصدر فى هذا المقام المنبع الذى تخرج منه القاعدة القانونية، فهو حصيلة الاجابة على سؤال: من أين تأتى هذه القاعدة؟ وتختلف الاجابة على هذا السؤال باختلاف مقصد السائل. فقد يرمى إلى تحديد المصدر من زاوية تاريخية، وذلك بالبحث عن الجذور التاريخية Historique التى تستند إليها القاعدة القانونية، متى وكيف نشأت، ومراحل تطورها حتى وصلت إلينا فى صورتها الحالية. وتساهم هذه الدراسة فى فهم وتفسير القاعدة بوضعها الحالى. . فقواعد القانون المصرى الحالية تستمد بعض أصولها من أحكام الشريعة الإسلامية، وتستمد البعض الآخر من أحكام القوانين الأوربية خاصة القانون الفرنسى الذى يستند بدوره إلى قواعد القانون الرومانى. وبالتالى فكثيرا ما يلزمنا الرجوع إلى قواعد هذه المصادر التاريخية لتفهم مضمون نطاق قواعد قانوننا الوطنى الحالى.

وقد يتخذ البحث عن المصدر وجهة اجتماعية Sociologique وهنا ينصرف جهد الباحث إلى تقصى المعطيات والعناصر الاجتماعية المختلفة التى أدت إلى خلق القاعدة القانونية. فالقاعدة القانونية ما هى إلا حصيلة تجارب المجتمع ووليدة حاجاته الاجتماعية والاقتصادية. لذلك

كان من المفيد أن نحدد دور العوامل الاجتماعية والاقتصادية التى ساهمت فى نشأتها، ثم نبحث فيما بعد عن مدى تأثير القاعدة القانونية على المشاكل والفروض التى وضعت من أجلها.

أما الزاوية الثالثة في تحديد المصدر فهى البحث عن الوسيلة الشكلية Formelle التى تخرج بها القاعدة القانونية لتفرض وجودها الملزم على أفراد المجتمع ومؤسساته. وبمعنى آخر ما هو الطريق الرسمى الذى تمر به قاعدة السلوك الاجتماعى لكي تدخل فى عداد قواعد القانون الوضعى.. ويسمى المصدر مأخوذاً من هذه الزاوية بالمصدر الرسمى أو الشكلى للقاعدة القانونية. وتختلف المصادر الرسمية ودرجة أهميتها باختلاف مراحل التطور التى تمر بها المجتمعات البشرية.

فقد كان العرف ثم الدين من أقدم المصادر الرسمية للقاعدة القانونية، غير أن تطوير المجتمعات وازدياد تنظيمها سياسياً، وما أدى إليه ذلك من رسوخ وازدهار فكرة الدولة، جعل من التشريع المصدر الرسمي الأول من حيث الأهمية فى أغلب القوانين الحديثة.

وسنقتصر فى هذه الدراسة على استعراض المصادر الرسمية في القانون الوضعى المصرى.

## المصادر الرسمية للقانون المصرى

٣٣- نصت المادة الأولي من القانون المدنى المصرى علي ما يلى:

١- تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى نصها أو فى فحواها .

٢- فـإذا لم يوجـد نص تشريعى يمكن تطبيقـه حكم القـاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فـإذا لم توجـد فـبمقـتـضى مبـادئ القـانون الطبيعى وقـواعد العدالة.. ويتـضح من هذا النص أن المشـرع أراد للتـشـريع أن يكون المصـدر الأصلى الأول والعـام، بحيث تكون كـافـة العـلاقـات والروابط محكومة بنصوصه.. فإذا تحقق غياب النص التشريعي، بصدد علاقة معينة أو واقعة بذاتها، كان على القاضي أن يبحث عن الحل فى المصادر الأخـرى التى حددتهـا نص المادة الأولى السـابقـة الذكـر، ووفـقـا لذات التـرتيب الوارد بها. ولذلك فإن غيـاب النص التشريعى لا يعنى اعطاء القاضى حرية كاملة فى اختيار مصدر استقاء الحل، بل يجب عليه أن يبحث عن هذا الحل بين قواعد العرف، فإن لم يجد ففى مبادئ الشريعة الإسلاميـة فإن لم يجد فعليه أن يحكم وفق قواعد القانون الطبيـعى قواعد العدالة.

وعلى ضـوء هذا المنهج السـابق الذى فـرضـه المشـرع قـسم الفـقـه المصـادر الرسمية إلى مصادر أصلية ومصـادر احتياطية، وقصر الوصف

الأول على التشريع وأسبغ الوصف الثانى على «المصادر الثلاث الأخرى»: العرف، مبادئ الشريعة الإسلامية ثم قواعد القانون الطبيعى وقواعد العدالة.

وسنعرض فيما يلى لهذه المصادر المختلفة وفق الترتيب السابق.

## الفصل الأول

## التشريع La lègislation

٣٤- يطلق لفظ التشريع على كل قاعدة مكتوبة تصدرها السلطة العامة وفقا للقواعد الدستورية السارية فى الدولة. . وعلى هذا يتميز التشريع بكونه: **أولا**، من الناحية الشكلية، قاعدة مكتوبة صادرة عن السلطة المختصة طبقاً للدستور.

**ثانيا**: من حيث مادته يتميز التشريع بذات خصائص القاعدة القانونية وعلي الأخص صفة العمومية والتجرية. . فالتشريع لا ينطبق على حالات فردية معينة، وإذا صدر استثناء قانون بحالة فردية كالقانون الصادر بمنح احتكار لشركة مثلا فإن وصف التشريع لا يلحقه إلا لأنه صدر وفقا لذات الشكل والإجراءات التى تتبع فى اصدار التشريعات. أما من حيث مادته فإن انتفاء صفة العمومية والتجريد يحول دون اعتبار مثل هذا القانون تشريعاً بالمعنى الصحيح.

أما ما يهمنا دراسته هنا فهو التشريع بمعناه الأول أى بمعناه الذى يجمع خصائص القاعدة القانونية.

٣٥- ويمتاز التشريع على هذا المعنى بأنه يؤدى إلى **صياغة القاعدة القانونية كتابة**. وتحقق هذه الميزة قدراً كافياً من الواضح فى مضمون القاعدة، حيث يراعى فى الصياغة أن يكون المعنى محدداً

ومنضبطاً. ويؤدى هذا التحديد، وهذا الانضباط، إلى الاستقرار فى المعاملات وفى العلاقات القانونية، إذ يستطيع كل فرد أن يعرف مسبقا الحدود التى يستطيع أن يتحرك فيها بنشاطه وروابطه فضلا عن ايضاح ما يرتبه القانون على الاخلال بأحكامه من جزاء.

كما **يمتاز التشريع بعمومية سريانه** على كافة اقليم الدولة، فهو لا يختلف من اقليم إلى آخر، وتحقق هذه الوحدة استقراراً وتجانساً فى حكم المعاملات.

وأخيراً، يعتبر التشريع وسيلة سريعة لملاحقة التطورات والمشاكل العاجلة فى المجتمع الحديث. فقد تطرأ ظروف تستدعى قواعد عاجلة. وهنا تجد الدولة فى التشريع أسرع وسيلة لسن قوانين تواجه بها هذه الظروف.

تلك أهم مزايا التشريع، تذكر له لترجيح كفته على غيره من المصادر الأخرى خاصة العرف.. ولقد أدت هذه المقابلة إلى الكشف عما قد يكون للتشريع من عيوب.

فلقد أُنتقد التشريع على أساس أنه **لا يعكس دائما عنصر التلقائية الاجتماعية فى تكوين القاعدة القانونية**، فالدولة هى التى تضع القاعدة وتفرضها، وقد يؤدي ذلك إلى أن يأتى حكمها على غير ما يطابق ظروف الجماعة وإرادتها الحقيقية.

بيد أن هذا النقد مردود بأنه لا يعكس عيبا فى التشريع فى حد ذاته بقدر ما يعكس من خلل ممكن للتطبيق الديمقراطى فى بلد معين. فالمفروض أن يصدر التشريع عن سلطة منتخبة من الشعب وممثلة لإرادته وبالتالى منفذة لمقتضيات ظروفه وحاجاته.

**والنقد الثانى** يتحصل فى أن **القاعدة التشريعية قاعدة جامدة** لأنها مكتوبة بألفاظ محددة ليس من اليسير تطويرها بما يكفل مواجهة الظروف الجديدة فى المجتمع.

وهذا النقد مرفوض بدوره، ذلك أن وسائل تفسير القاعدة القانونية تسمح عادة باعطائها قدراً من المرونة فى التطبيق لمواجهة ما قد يجد من أوضاع فضلا عن ملاحظة أن النص المكتوب يضع اطارا عاما للتفسير يتحدد بمقتضيات الاستقرار. يضاف إلى ذلك أن تعديل التشريع أو الغائه لم يعد حين تقتضيه الضرورة اجراء معقداً.

وسنتناول أهم المسائل المرتبطة بالتشريع فى ثلاث مباحث. فندرس فى المبحث الأول أنواع القواعد التشريعية ثم نعرض فى المبحث الثانى لتدرج القواعد التشريعية، وأخيراً نعرض فى المبحث الثالث لإلغاء التشريع.

## المبحث الأول

## أنواع التشريـــع

٣٥- تحمل القواعد التشريعية، بالمعنى العام، والصادرة عن الدولة،أوصافاً مختلفة هي الدستور، والقانون، اللائحة. ولكل فئة منها معنى يختلف اختلافاً بيناً عن معنى الفئات الأخرى. لذلك كان من اللازم بيان المقصود بكل منها مع التمييز تمييزاً كاملاً.

### المطلب الأول

### القانون الدستوري

٣٦- الدستور هو مجموعة القواعد الأساسية التي تنظم الدولة والحكومة وحقوق كل من الحكام والمحكومين، والعلاقات بين سلطات الدولة المختلفة «السلطة التشريعية - السلطة القضائية - السلطة التنفيذية»، ويعبر هذا التعريف عن المعنى الموضوعي أو المادي للدستور.. أما من الناحية الشكلية فيقصد بالدستور صدور القواعد المذكورة في شكل وثيقة دستورية عن السلطة المختصة بذلك.

ولم يستخدم اصطلاح الدستور في مصر إلا منذ عام ١٩٢٣، أما قبل هذا التاريخ فقد كانت القواعد الأساسية المنظمة للدولة تحمل اسم «القانون النظامي» أو «القانون الأساسي».

ويجب وفقاً للمفاهيم الديموقراطية السليمة أن يوضع الدستور

من جانب هيئة تأسيسية ينتخبها الشعب خصيصاً لهذا الغرض. وقد يعرض الدستور بعد ذلك على الشعب مباشرة للموافقة عليه.

وهناك أسلوب آخر لوضع الدستور اندحر مع ازدهار الوعى الديمقراطى هو أسلوب المنحة، ومن مقتضاه أن يتنازل الحاكم، صاحب السلطة المطلقة، عن بعض سلطاته للشعب، ويصدر هذا التنازل في صورة دستور ممنوح. وترجع هذه التسمية إلى كون الدستور فى هذه الحالة مجرد تنازل إرادى من جانب حائز السلطة، دون أن يتوقف سريانه على مناقشة أو موافقة الشعب أو ممثليه.

ويحتل الدستور قمة التنظيم القانونى فى الدولة فهو يسمو على كافة السلطات وعلى جميع قوانينها الأخرى، فلا يجوز لأية سلطة أن تخرج على أحكامه، كما لا يجوز لأى قاعدة قانونية أن تخالف تلك الأحكام.

وفى مصر صدر أول قانون أساسى يحمل اسم الدستور سنة ١٩٢٣ وقد ألغى هذا الدستور بقيام الثورة سنة ١٩٥٢، وظلت مصر تحكم بغير دستور دائم ومستقر إلى أن صدر الدستور المعمول به حاليا وهو الدستور الدائم الصادر سنة ١٩٧١.

## المطلب الثانى

## التشريع العـــادى

٣٧- يقصد بالتشريع العادى القانون بالمعنى الضيق، أى القواعد القانونية التى تصدرها الهيئة الخاصة صاحبة السلطة التشريعية فى الدولة، فى حدود ما لها من اختصاصات وفقا للدستور.

ويسند الدستور الحالى لـ ج.ع.م اختصاص سن التشريعات لمجلس تشريعى منتخب من الشعب يسمى مجلس الشعب «م٨٦»: سيتولى مجلس الشعب سلطة التشريع ويقر السياسة العامة للدولة والخطة».

والأصل أن سلطة سن القوانين حكر على السلطة التشريعية، فمجلس الشعب وحده يملك اختصاص مناقشة القوانين وسلطة اقرارها والموافقة عليها.. ولا يجوز للسلطات الأخرى فى الدولة الخروج على هذا الاختصاص، فالسلطة التنفيذية مكلفة بتنفيذ القانون، والسهر على تطبيقه، دون زن تملك سلطة انشائه، والحال كذلك بالنسبة للسلطة القضائية، فمهمتها تنحصر فى تطبيق القانون على ما يعرض عليها من منازعات، دون أن تستطيع خلق قواعد قانونية جديدة.

غير أن مبدأ قصر الوظيفة التشريعية على السلطة التشريعية قد ترد عليه بعض الاستثناءات المحددة والمقيدة، فالدستور الدائم لـ ج.ع.م

يجيز للسلطة التنفيذية اصدار تشريعات عادية فى فرضين تقليديين، أضاف لهما الدستور الحالى فرضا ثالثا .

**الفرض الأول - حالة الضرورة:**

٣٨- ونظمتها المادة ١٤٧ من الدستور الدائم التى تنص على أنه «إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الشعب أو فترة حله، ما يوجب الاسراع فى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر فى شأنها قرارات لها قوة القانون»، ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى خلال خمسة عشر يوماص من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً، وتعرض فى أول اجتماع فى حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى اصدار قرار بذلك، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها فى الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على اثارها بوجه آخر» .

**الفرض الثانى - حالة تفويض مجلس الشعب لرئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون:**

٣٩- وتنص المادة ١٠٨ من الدستور الدائم على أن التفويض لا يكون إلا فى الأحوال الاستثنائية، وتشترط أن يكون التفويض لمدة محدودة الاستثنائية وأن يعين موضوعات هذه القرارات، والأسس التى تقوم عليها:

«لرئيس الجمهورية عند الضرورة وفى الأحوال الاستثنائية وبناء على التفويض من مجلس الشعب بأغلبية ثلثى أعضائه أن يصدر قرارات لها قوة القانون ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن تبين فيه موضوعات هذه القرارات والأسس التى تقوم عليه ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب فى أول جلسة بعد انتهاء مدة التفويض فإذا عرضت ولم يوافق المجلس عليها زال ما كان لها من قوة القانون».

**الفرض الثالث: المادة ٧٤ من دستور ١٩٧١:**

تنص المادة ٧٤ المشار إليها على أن لرئيس الجمهورية إذا قام خطر يهدد الوحدة الوطنية أو سلامة الوطن أو يعوق مؤسسات الدولة عن أداء دورها الدستورى، أن يتخذ الإجراءات السريعة لمواجهة هذا الخطر. ويوجه بيانا للشعب، ويجرى استفتاء على ما يتخذه من إجراءات خلال ستين يوما من اتخاذها.

وهذا النص يعد خطوة أبعد أثرا فى تقوية السلطة التنفيذية على حساب السلطات الأخرى، خاصة السلطة التشريعية. والنص مأخوذ - مع التعديل - عن الدستور الفرنسى، رغم الفارق الكبير بين البلدين فى مقومات وضمانات النظام الديمقراطى.

**المراحل التى يمر بها سن التشريع ونفاذه:**

٤٠- يمر القانون قبل أن تكتمل له عناصر الوجود والنفاذ بمراحل متعددة تبدأ باقتراح مشروع القانون وتنتهى بنشره فى الجريدة الرسمية.

**١ - مرحلة الاقتراح والفحص:**

وهى البداية المنطقية للعمل التشريعى، فحين تلمس الحكومة الحاجة إلى اصدار قانون معين تتقدم بمشروع تعرضه على السلطة التشريعية، وقد تأتى هذه المبادرة من جانب عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الشعب تنص المادة ١٠٩ من الدستور «لرئيس الجمهورية ولكل عضو من أعضاء مجلس الشعب حق اقتراح القوانين».. وعندما يقدم المشروع على هذا النحو يحال الى احدى اللجان المختصة لفحصه وتقديم تقرير عنه «م١١٠ من الدستور» ويلاحظ هنا أنه فى حالة تقديم مشروع القانون من جانب اعضاء مجلس الشعب توجب المادة ١١٠ من الدستور عرضه على لجنة خاصة للنظر من حيث المبدأ فى جواز نظرة من عدمه، على أن يعرض رأى هذه اللجنة على المجلس ليقرر بدوره احالته الى لجنة الفحص المختصة أو رفضه.

والغرض من احالة مشروعات القوانين الى اللجنة المختصة هو توخى الجدية فى فحصها من جانب أشخاص محدودى العدد (أعضاء اللجنة) ويتمتعون غالباً بخبرة وتخصص فنى.. لذلك كانت تقارير اللجان خير عون للمجلس فى مناقشة مشروعات القوانين لرفضها أو إقرارها.

**٢ - مرحلة المناقشة والتصويت:**

بعد أن تعد اللجنة المختصة تقريرها عن مشروع القانون تقوم

بعرضه على المجلس لكى يجرى المناقشة على ضوء ما انتهى اليه التقرير من آراء ونتائج.

ويلاحظ أنه لا يجوز للمجلس أن يتخذ قرارات إلا إذا حضر أغلبية أعضائه، وفى غير الحالات التى تشترط فيها أغلبية خاصة، تصدر القرارات بالأغلبية المطلقة للحاضرين وعند تساوى الآراء يعتبر الموضوع الذى جرت المداولة فى شأنه مرفوضاً» (م١٠٧).

وعند مناقشة المشروع يجب أخذ الرأى فيه مادة مادة (م١٠٧).. ومعنى هذا أنه لا يجوز اقرار المشروع ككل الا بعد التصويت على مواده مادة مادة.

ويجدر بالذكر أن من حق مجلس الشعب اجراء التعديلات التى يراها على المشروعات المقدمة اليه، وذلك باستثناء ما نصت عليه المادة ١١٥ من أنه لا يجوز اجراء تعديل فى مشروع الميزانية الا بعد موافقة الحكومة.

وتتم الموافقة على مشروع القانون بحصولة على الأغلبية المطلقة للحاضرين.

وإذا رفض المجلس مشروع القانون المقدم من الحكومة، جاز لهذه الأخيرة أن تعيد تقديمه مرة أخرى فى أثناء نفس الدورة البرلمانية. أما إذا كان المشروع قد قدم من جانب أعضا المجلس فإن رفضه يؤدى الى عدم

امكان عرضه مرة أخرى فى نفس الدورة (م١١١).

**٣ - مرحلة الاصدار promulgation**

٤١- بعد أن تتم موافقة مجلس الشعب على المشروع تقوم أمانة المجلس بارساله إلى رئيس الجمهورية لاصداره.. ويتم الاصدار بأن يوقع الرئيس على القانون ويصدر أمره إلى عمال السلطة التنفيذية بتنفيذه واحترام أحكامه.. وبتمام الاصدار يصبح المشروع قانوناً قابلاً للنفاذ على التفصيل الذى سنذكره عند الكلام عن نشر القانون فى الجريدة الرسمية.

**ولرئيس الجمهورية حق الاعتراض على المشروع (م١١٢)** فإذا مارس هذا الحق وجب رد المشروع إلى مجلس الشعب فى مدى ثلاثين يوماً من تاريخ ابلاغ المجلس اياه، فإذا لم يرد المشروع فى هذا الميعاد اعتبر قانوناً وأصدر (م١١٣ من الدستور).. أما إذا أعيد المشروع فى خلال الموعد المذكور، ثم قام المجلس بالموافقة عليه مرة ثانية **(ويشترط أن تتم هذه الموافقة بأغلبية الثلثين)** اعتبر المشروع قانوناً وأصدر (م١١٣).

**فحق الاعتراض** إذن لا يترتب عليه سوى تأخير اصدار القانون إلى أن يقره المجلس بالاغلبية الخاصة المذكورة فى المادة ١١٣.. ومعنى ذلك أن الكلمة الاخيرة تبقى للسلطة التشريعية وغاية ما يؤدى اليه الاعتراض هو دعوة المجلس لاعادة النظر فى المشروع لتأكيد اقراره له مرة ثانية وبأغلبية أكبر.

**٤ - مرحلة النشر publication**

٤٢- إذا تمت مرحلة الاصدار سواء بموافقة رئيس الجمهورية ابتداء أو باستنفاد حق الاعتراض على الوجه السابق بيانه، صار المشروع قانوناً قابلاً للنفاذ.. ولكنه لا يصبح ملزماً للمخاطبين بأحكامه إلا بنشره فى الجريدة الرسمية.. ويجب هنا تحديد مدى الزام القانون بعد اصداره وقبل نشره.. ذهب بعض الفقهاء إلى أن القانون يصبح ملزماً للسلطات العامة بمجرد اصداره، وأن تأخير النشر يؤدى إلى عدم الزامه فى مواجهة الافراد فقط.

غير أن القول بالزام القانون لسلطات الدولة بمجرد اصداره يوجب التسليم بنشأة حقوق للافراد بمجرد هذا الاصدار، وتلك نتيجة يصعب التسليم بها. لذلك فالارجح أن نفاذ القانون وقوته الملزمة سواء بالنسبة لسلطات الدولة أو الأفراد لا يتحققا إلا بنشر القانون فى الجريدة الرسمية.. فإذا تقاعست السلطة التنفيذية عن نشر القانون فإن ذلك قد يرتب مسئوليتها السياسية أمام الرأى العام وأمام البرلمان أما بالنسبة للأفراد فليس أمامهم سوى المطالبة بالتعويض عما أصابهم من ضرر نتيجة عدم نشر القانون، وحتى بالنسبة لهذه المحاولة فإنه يمكن التشكيك فى أمكان مساءلة الدولة مدنياً على هذا النحو، ذلك أن النشر وهو عمل متعلق بالتدابير التشريعية يمكن ادخاله ضمن أعمال السيادة[١].

---

(١) اعمال السيادة هى الاعمال الصادرة عن الحكومة بوصفها سلطة سياسية لا سلطة =

**تعريف النشر وبيان آثاره:**

٤٣- هو اعلان مرسوم الاصدار لكى يعلم الناس بأحكام القانون. ويتم هذا الاعلان وفق أحكام الدستور فى الجريدة الرسمية.. ويجب أن يتم ذلك خلال أسبوعين من تاريخ الاصدار (م ١٨٨من الدستور) ولا يصبح القانون ملزماً للمخاطبين به بمجرد نشره.. فقد نص الدستور على أن يكون النفاذ بعد شهر من النشر(١٨٨).

وبالتالى فالأصل الا يبدأ العمل بالقانون إلا بعد مرور شهر من اليوم التالى لنشره.. ولكن المادة ١٨٨ من الدستور أجازت أن يحدد القانون ذاته موعداً آخر لبدء العمل به.. فقد تقتضى الظروف اطالة المدة.. وقد تدعو على العكس إلى انقاصها(١).

والحكمة من تعليق نفاذ القانون على نشره هى أنه من غير المعقول أن يطبق القانون على الافراد دون أن تتخذ الدولة أى أجراء لاعلامهم بصدوره، فالنشر إذن هو وسيلة هذا الاعلام.

**ويلاحظ أن النشر فى الجريدة الرسمية هو الوسيلة الرسمية المعتمدة دستورياً لكى يعلم الناس بصدور القانون، وبالتالى فلا يغنى**

---

=ادارية، وهى تتصل بتنظيم علاقات السلطات الثلاث، أو بالمحافظة على كيان الدولة فى الداخل أو الخارج كاعلان الحرب أو اعلان الاحكام العرفية فقد استقر الرأى على أن مثل هذه الاعمال لا تخضع للرقابة القضائية لا بالالغاء ولا بالتعويض.

(١) كثيرا ما ينص القانون على بدء العمل به فى اليوم التالى لنشره.

عنه اتخاذ أي سبيل آخر حتى ولو كان هذا السبيل هو الأكثر انتشار في العلم بصدور القانون، وبالتالي فلا يغني عنه اتخاذ أي سبيل آخر مثل النشر في وسائل الإعلام كالصحف الكبرى والاذاعة والتليفزيون.

وعلى العكس من ذلك يفترض علم الكافة بأحكام القانون بغض النظر عن عدم علمهم الفعلي بصدوره، فلا يجوز لأحد أن يدعى أو أن يثبت جهله بصدور القانون بحجة غيابه في الخارج مثلاً، أو بحجة عدم المامه بالقراءة والكتابة. ولقد صيغ هذا المبدأ في اطار قاعدة تقول «لا يعذر أحد بجهله بالقانون nul n'est céncé ignorer la loi» ويبرر تطبيق هذا المبدأ بعدم افساح المجال أمام الأفراد لشل تطبيق القانون، فبغير ذلك يمكن للغالبية العظمى من الأفراد أن تدعى هذا الجهل، وبالتالي تتخلص من تطبيق القانون.

ويرد على القاعدة السابقة استثناء هام في حالة القوة القاهرة.. فإذا حدثت ظروف قاهرة استحال معها وصول الجريدة الرسمية إلى أحد أقاليم الدولة كالغزو الاجنبي أو الفيضان، أمكن للمقيمين في هذا الأقليم الاعتذار بالجهل بالقانون الى أن تنتهي الظروف القاهرة[1].

ويضيف بعض الفقه إلى هذا الاستثناء حالتين أخريين هما حالة

---

(١) في حالات نادرة قد ينص القانون على جواز الاعتذار بالجهل به خلال مدة معينة ففي فرنسا صدر قانون في نوفمبر سنة ١٨٧٠ ونص على جواز الاعتذار بالجهل بالقانون في صدد المخالفة الجنائية التي نص عليها إذا وقعت خلال ثلاثة أيام من وقت اعلان القانون.

الغلط فى القانون، وحالة امتناع المسئولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية تؤسس عليها العقوبة، وقد أضافت إليهما محكمة النقض المصرية حالة ثالثة:

**الحالة الأولى: الغلط فى القانون:**

٤٤- قد يقع أحد المتعاقدين فى غلط فى القانون بمناسبة ابرام تصرف معين، ومن قبيل ذلك أن يبيع وارث حصته فى التركه معتقداً أنها الربع فإذا به يكتشف أن القانون يقرر له النصف. . ففى هذه الحالة يجوز لمن وقع فى الغلط فى القانون أن يطلب ابطال عقد البيع المذكور. وقد ذكر بعض الفقه أن مثل هذا الفرض يعبر عن جواز الاعتذار بالجهل بالقانون فى الحالة المذكورة.

ولكن جانباً آخر من الفقه لا يعتبر أن الفرض السابق يمثل اعتذار بالجهل بالقانون. . ذلك أن البائع فى المثال المذكور لا يعتذر بالجهل بالقانون لكى يستبعد تطبيق القواعد القانونية، وهو ما تحول دونه قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ولكنه على العكس يتمسك بتطبيق القاعدة القانونية الصحيحة. . وبالتالى فإن الاعتذار بالغلط فى القانون يستهدف عكس النتيجة التى تستهدفها قاعدة الاعتذار بالجهل بالقانون.

ويترتب على ذلك أن أى شخص يدعى غلطاً فى القانون ويطالب بناء عليه بابطال الاتفاق يجب أن يجاب الى طلبه، طالما أنه يتمسك بأعمال القاعدة القانونية الصحيحة، أما إذا كان الهدف هو استبعاد

تطبيق القانون استناداً إلى الغلط فإن ذلك لا يجوز باعتباره خروجاً على مبدأ عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون. . وتطبيقاً لهذا التحديد الأخير لا يجوز للمقترض طلب ابطال عقد القرض، الذى نص على فائدة تجاوز الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية، استناداً الى الغلط فى القانون، بل يجب أن يظل العقد قائماً مع رد الفائدة الى الحد القانونى.

**الحالة الثانية: امتناع المسئولية الجنائية فى حالة الجهل بقوانين غير جنائية تقوم عليها العقوبة الجنائية:**

٤٥- قد تستند العقوبة الجنائية الى أحكام قانونية غير جنائية، فإذا اعتذر المتهم بجهله بهذه الاحكام تعين أن ترفع من على عاتقه المسئولية الجنائية . . ومن هذا القبيل أن يجمع شخص بين امرأة وابنة أختها، غير عالم بتحريم الجمع بين امرأتين تربط بينهما صلة القرابة المذكورة، ففى هذه الحالة تمتنع المسئولية الجنائية بحكم انتفاء القصد الجنائى، وذلك للجهل بأحكام القوانين غير الجنائية.

ويلاحظ على هذه الحالة أنها لا تمثل استثناء حقيقياً على قاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون، ذلك أن القاعدة القانونية لا تستبعد بل تظل سارية ومطبقة، غاية الأمر أن المسئولية الجنائية تنحسر نتيجة لأن عدم العلم يؤدى إلى انتفاء القصد الجنائى على النحو السابق الاشارة اليه.

**الحالة الثالثة: عدم توزيع الجريدة الرسمية بالفعل (محكمة النقض):**

٤٦- فقد قضت محكمة النقض فى نزاع حول مدى الالتزام

بالقانون فى فترة لم تكن فيها الجريدة الرسمية قد تم توزيعها بالفعل، رغم نص القانون على سريانه من تاريخ نشره: «وكان افتراض علم الكافة بالإجراءات التى أوجبها ذلك القانون (رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٣) مرهونا بعدم قيام أسباب تحول حتماً دون قيام هذا الافتراض. وكانت الطاعنات قد دفعن بأنه قد استحال العلم بذلك القانون حتى تقديم صحيفة الاستئناف إلى قلم الكتاب، وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن تحقيق هذا الدفاع فإنه يكون مشوباً بالقصور متعينا نقضه»[١].

## المطلب الثالث

## التشريع الفرعى (و اللوائح

٤٦- يطلق اسم اللائحة على القرارات التى تصدرها السلطة التنفيذية متضمنة قواعد عامة مكتوبة.. وتصدر هذه اللوائح عادة عن الهيئات الادارية التى تملك سلطة التنظيم .. وتحتوى اللائحة على قواعد عامة ومجردة، وبالتالى فهى تشتبه بالقانون من الناحية الموضوعية، ولكنها تختلف عنه فى أمور شتى. فمن الناحية الشكلية يصدر القانون عن السلطة التشريعية التى تنفرد بممارسة هذا الاختصاص (باستثناء تشريعات الضرورة والظروف الاستثنائية والمادة ٧٤ من الدستور) أما اللائحة فتصدر عن السلطات الادارية.

---

(١) نقض ٢٤ يونيو سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكامالنقض س ٩ ص ٦٣٩.

ومن ناحية أخرى نجد أن نطاق نشاط اللائحة يتقيد بمبدأ عام هو ضرورة خضوعها لأحكام القانون لأنها أقل منه فى سلم التدرج التشريعى. كما أن هناك من المجالات مالا تستطيع اللائحة اقتحامها لأن التشريع يحتفظ فيها بمطلق سلطانه.

والحكمة من اقرار سلطة اصدار قواعد عامة فى صورة لوائح، هى ضرورة اعطاء السلطة التنفيذية أداة تشريعية لتنظيم ما يدخل فى اختصاصاتها الادارية، كمسائل التنظيم والامن والبوليس. هذا فضلاً عن أن السلطة التشريعية لا تستطيع حين تضع القوانين أن تتعرض لكافة التفصيلات، لذا كان من الملائم ترك أمرها للهيئات الادارية ،وهى أكثر احتكاكاً بالحياة العملية. لذلك تحقق اللائحة التشريعية عنصراً من عناصر المرونة الضرورية. ويتأكد هذا الدور إذا علمنا أن اللائحة يمكن تغييرها لمواجهة تطور الحياة الاجتماعية مع بقاء القانون على حالته، كما يمكن وضعها بصورة تختلف من اقليم الى آخر فى اطار الدولة الواحدة. وتلك اعتبارات يصعب على الأداة التشريعية تحقيقها.

وتنقسم اللوائح إلى أنواع ثلاث:

**(١) اللوائح التنفيذية:**

٤٧- وهى التى تصدر تنفيذاً للقانون، وتتضمن التفصيلات اللازمة لهذا التنفيذ، ولذلك فهى لا تتعدى حدود هذا القانون ولا تستطيع مخالفة أحكامه. وقد نصت المادة ١٤٤ من الدستور على أن

الاختـصـاص بأصـدار هذه اللوائح منوط برئيس الجمـهـورية. . وله أن يفوض غيره فى اصدارها، كما يجوز أن تصدر اللوائح التنفيذية بغير حاجة الى نص صريح فى القانون. غير أن القانون حين ينص على صدور لائحة تنفيذية لاحكامه فإن اصدارها يصبح ملزماً للسلطة التنفيذية التى تحرم فى هذه الحالة من سلطة التقدير.

ولكن هل يتوقف نفاذ القانون على صدور لائحة تنفيذية؟ يذهب الفقه الى أن نفاذ القانون لا يتوقف على صور لائحة تنفيذية إلا فى حالتين:

(أ) حالة النص الصريح على ذلك.

(ب) حالة تعذر أو استحالة تطبيق القانون بغير اللائحة.

**(٢) اللوائح التنظيمية:**

٤٨- وهى اللوائح التى تصدر بترتيب المصالح والمرافق العامة، وهى بعكس سابقتها، لا تصدر تنفيذاً لقانون سبق صدوره، بل تصدر استقلالا لتنظيم موضوعات جديدة. ومن أمثلتها اللوائح التى تصدر لتنظيم سير العمل بمرفق النقل العام، أو بتنظيم احدى المصالح العامة الأخرى.

وقد اسندت المادة ١٤٩ من الدستور سلطة اصدار هذه اللوائح لرئيس الجمهورية.

ويقصد بترتيب المصالح العامة معنى واسعاً، فهو يشمل الانشاء والتعديل والالغاء.

**(٣) لوائح البوليس أو الضبط:**

٤٩- وهى اللوائح التى تصدر لتأكيد حماية الأمن العام والصحة العامة والسكينة العامة. ومن أمثلتها لوائح المرور، واللوائح المتعلقة بالمحلات المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة.

ويختص رئيس الجمهورية بأصدار هذه اللوائح (م١٤٥) وتعتبر هذه اللوائح أخطر من النوعين السابقين.. فرغم التزامها بالقوانين وعدم مخالفتها إلا أنها قد تورد قيوداً على حريات الأفراد وحقوقهم.. لذلك يفرض قضاء مجلس الدولة بعض المبادئ على سلطان الادارة فى هذا الشأن. فيجب عليها أن تلتزم جانب التوفيق بين مقتضيات النظام العام وبين متطلبات حريات الافراد وحقوقهم، كما أن الشك فى مدى مشروعية اللائحة يجب أن يفسر لمصلحة الحرية.

ونظراً لخطورة هذه اللوائح فإن الجدل يثور حول مدى دستوريتها فى ظل الدساتير التى لا تضع نصوصاً صريحة باباحتها.

## المبحث الثانى

## تدرج التشريـــــع

٥٠ – يبين مما سلف أن هناك ثلاثة أنواع من التشريعات: الدستور والقانون واللائحة.. وتتدرج هذه التشريعات من حيث القوة تنازلياً. ففى القمة يوجد الدستور، وهو أسمى القواعد القانونية فى الدولة وأعلاها قدراً، يليه فى المرتبة القانون الذى يصدر عن السلطة التشريعية، وفى أدنى سلم التدرج توجد اللائحة.

ويؤدى منطق التدرج على الوجه السابق الى وجوب تقيد القاعدة الادنى بالقاعدة الأعلى. وبالتالى فلا يجوز للائحة أن تخالف القانون كما لا يجوز لها، ومن باب أولى، أن تخالف الدستور. كما لا يجوز للقانون أن يخالف الدستور.. والالتزام بعدم مخالفة القاعدة الاعلى له مضمون يشمل الناحيتين الموضوعية والشكلية.

**فمن الناحية الموضوعية** لا يجوز للقاعدة الادنى أن تعدل حكم القاعدة الاعلى أو أن تخالفه.

**ومن الناحية الشكلية** يجب أن تتبع فى نشأة القاعدة الادنى كافة الاجراءات والاصول الشكلية التى فرضتها القاعدة الاعلى، (كوجوب صدور القاعدة من السلطة المختصة ووفقاً لإجراءات معينة).

ويتحقق احترام مبدأ التدرج عملاً عن طريق رقابة السلطة

القضائية. فللقضاء أن يراقب عدم مخالفة اللوائح للقوانين والدستور، وله أيضاً أن يراقب عدم مخالفة القوانين للدستور.

**أولاً: الرقابة القضائية على قانونية ودستورية اللوائح:**

٥١- من المسلم به أن المحاكم سلطة فحص مدى مطابقة اللائحة للقوانين والدستور، سواء من حيث الشكل أو من حيث الموضوع.

فإذا ثبت للمحكمة إن اصدار اللائحة لم يتم وفقاً للاصول القانونية أو الدستورية، أو أنها عدلت أو خالفت مضمون القواعد الاعلى، وجب عليها أن تؤكد احترام مبدأ التدرج.

ويتخذ جزاء المخالفة صورة تختلف أمام المحاكم العادية عنها أمام قضاء مجلس الدولة. فحين تقرر المحكمة العادية مخالفة اللائحة لمضمون مبدأ التدرج يقتصر الجزاء الذى تطبقه على مجرد الامتناع عن تطبيق اللائحة على النزاع المعروض أمامها. أما بالنسبة لمجلس الدولة فإن من سلطته أن يلغى مثل هذه اللائحة، ذلك أن اللائحة ما هى إلا قرار إدارى يجوز طلب الغائه أمام مجلس الدولة.

**ثانياً: الرقابة القضائية على دستورية القوانين:**

٥٢- أشرنا إلى أن مبدأ التدرج يقضى بضرورة موافقة القانون لأحكام الدستور شكلاً وموضوعاً. فيجب أن يصدر القانون وفقاً للإجراءات التى رسمها الدستور لذلك، كما لا يجوز له من حيث الموضوع أن يخالف أو يعدل حكما من أحكام الدستور.

وقد ينظم الدستور ذاته وسيلة سياسية أو قضائية لأعمال الرقابة الكافية لاحترام هذا المبدأ. فإذا لم يتعرض الدستور لهذا الموضوع، فإن التساؤل ثار حول امكان وكيفية إعمال هذه الرقابة. وقد تركز التساؤل حول مدى حق القضاء في ذلك.

هل تستطيع المحاكم، في ظل وجود نص يجيز لها ذلك، أن تمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور؟

ليس من شك في أن للقضاء هذه السلطة إذا كان القانون قد خالف الدستور من حيث الشكل، كأن يصدر القانون دون استيفاء الاجراءات والأصول الشكلية المطلوبة دستورياً (كعدم التصويت على مشروع القانون مادة مادة، أو عدم حصوله على الأغلبية المطلوبة، أو عدم اصداره من جانب رئيس الجمهورية أو عدم نشره)، وفي مثل هذه الأحوال يحق للمحكمة، بل يجب عليها أن تمتنع عن تطبيق القانون المزعوم. وحكمة إعمال الرقابة هنا هي أن عدم اتباع الاجراءات الشكلية في اصدار القانون يؤدي إلى اعتبار هذا القانون غير قائم أصلاً، «فمشروع القانون» لم يخرج بعد الى حيز الوجود القانوني. لذلك كان التسليم بالرقابة أمراً واجباً يسهل تبريره».

ولكن الخلاف والتردد ثاراً حين تطرق التساؤل الى جواز رقابة دستورية القوانين في حالة المخالفة من حيث الموضوع: هل يجوز للقاضي بحث مدى مطابقة أحكام الدستور ثم الامتناع عن تطبيقه إذا تحقق من عدم المطابقة؟

تثور هذه المشكلة بالأخص فى الدول ذات الدساتير الجامدة (كما هو الحال فى مصر) أى الدساتير التى يلزم لتعديلها توافر شروط واتباع اجراءات أكثر تعقيداً من تلك التى تعدل وفقاً لها القوانين العادية. فحين يكون الدستور غير جامد أى مرن بحيث يمكن تعديله بذات شروط وأوضاع سن وتعديل القانون العادى لا تثور أية مشكلة لأن صدور قانون يخالف الدستور يعتبر تعديلاً ضمنياً لأحكام الدستور.

فى مصر انقسم الفقه والقضاء بين مؤيد ومعارض لحق القضاء فى رقابة دستورية القانون. وقد أبدى كل فريق من الحجج ما يدعم وجهة نظره. (وكان هذا الخلاف قبل انشاء نظام رقابة الدستورية الحالى فى مصر).

- ذهب أعداء مبدأ الرقابة إلى القول بأن التسليم بها يعنى عدوان السلطة القضائية على اختصاص السلطة التشريعية، فالسماح للقاضى بسلطة تقييم دستورية القانون يخل اخلالاً جسيماً بمبدأ استقلال كل من السلطتين عن الاخرى.

ومن **ناحية أخرى** فإن القاضى حين يفحص دستورية القانون يخرج عن أصول مهنته التى تدعوه الى الاقتصار على تطبيق القانون، دون أن يتجاوز ذلك إلى حد تقييم مدى صحته دستورياً. **وأخيراً** فإن القاضى لا يستطيع أن يتعرض لما يسمى بأعمال السيادة، ويجب أن يؤدى هذا المبدأ إلى منعه من فحص دستورية القوانين، لأن العمل

التشريعى وهو عنوان إرادة الأمة ورمز سيادتها يعتبر أسمى وأعلى من أعمال السيادة.

غير أن الحجج السابقة لم تصمد أمام انصار مبدأ الرقابة الذين فندوا الرأى السابق ودافعوا عن وجهة نظروهم بحجج أخرى أهمها:

١ - أن من أهم نتائج مبدأ الفصل بين السلطات تأكيد معنى الرقابة المتبادلة فيما بينهما. لذلك فمن واجب القاضى أن يتصدى لفحص الدستورية حين يتأكد من خروج السلطة التشريعية على الدستور: «ذلك ان كل شخص يتمتع بسلطة يسئ استعمالها عادة ويتمادى فى هذا الأستعمال حتى يظهر من يوقفه عند حده».

هذا فضلاً عن أن القاضى حين يمارس رقابة الدستورية يقتصر على مجرد استبعاد تطبيق القانون المعيب دون أن يملك سلطة تعديله أو الغائه.

٢ - أن ممارسة رقابة الدستورية يدخل فى صميم عمل القاضى- فحين يتعارض أمامه قانون معين مع أحكام الدستور، فإن ذلك يعنى تعارض قاعدتين قانونيتين مختلفتى القوة، ولا شك أن من واجبه بيان أيهما واجب التطبيق. ولا شك أنه سينتهى الى وجوب تطبيق القاعدة الأسمى فى الدستور.

٣ - أن تصرفات الدولة جميعها يجب أن تتسم بطابع المشروعية، وإلا انقلبت إلى دولة استبدادية. وتطبيق مبدأ المشروعية لن يتأتى بغير

تطبيق مبدأ تدرج القواعد القانونية. فيجب أن تلتزم كل قاعدة دائماً بالأوضاع الشكلية والقواعد الموضوعية التى تفرضها القاعدة الأعلى. وضمان تحقيق هذا التدرج لن يتأتى إلا باسناد رقابة المشروعية الى الجهاز القضائى.

**- واقتناعاً بمنطق الحجج والاعتبارات المتقدمة اتجه المشرع المصرى الى حسم الخلاف باقراره لمبدأ الرقابة القضائية لدستورية القوانين وتنظيم كيفية ممارستها.** وقد تحقق هذا الهدف بانشاء **محكمة عليا** فى ج.م.ع (القانون الصادر فى ٣١ أغسطس ١٩٦٩)، وقد نص قانون انشائها على أن تختص دون غيرها بالفصل فى دستورية القوانين إذا ما دفع بعدم دستورية قانون أمام احدى المحاكم، وتحدد المحكمة التى أثير أمامها الدفع ميعاداً للخصوم لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة العليا. ويقف الفصل فى الدعوى الاصلية حتى تفصل المحكمة العليا فى الدفع، فإذ لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن.

ثم حدد القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ الصادر فى ٢٥ أغسطس سنة ١٩٧٣ الاجراءات الواجبة الاتباع أمام المحكمة العليا.

٥٣- أما الدستور الدائم فقد نص على انشاء محكمة دستورية عليا تختص دون غيرها بالرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح (م١٧٥). كما نصت المادة ١٧٨ على أن ينظم القانون ما يترتب

على الحكم بعدم دستورية نص تشريعى من آثار. كما نصت المادة ١٩٢ من الدستور على أن تمارس المحكمة العليا اختصاصاتها المبينة فى قانون انشائها وذلك حتى يتم تشكيل المحكمة الدستورية العليا.

**انشاء المحكمة الدستورية العليا:**

٥٤- فى سنة ١٩٧٩ صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإنشاء **المحكمة الدستورية العليا**. وتختص بالمسائل الآتية:

١- الفصل فى دستورية القوانين والقرارات بقوانين واللوائح.

٢- تفسير النصوص القانونية التى يثور الخلاف حول تفسيرها وتكون من الأهمية بما يستوجب توحيد تفسيرها (م ٢٦). غير أن طلب التفسير يقدم فقط من وزير العدل أو رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية (م ١/٢٣).

٣- الفصل فى مسائل تنازع الاختصاص على ذات النحو الذى كان منصوصا عليه فى قانون المحكمة العليا.

وقد باشرت المحكمة الدستورية العليا اختصاصاتها منذ انشائها على نحو حقق ثراء ملموسا للحياة القانونية والدستورية فى مصر، كما دعمت فى أحكامها الكثير من مبادئ الحريات العامة والمساواة الدستورية بين المواطنين.

## الفصل الثانى

### الغاء التشريع[١] Abrogation

٥٥- يستمر القانون سارى المفعول إلى أن يلغى، ويقصد بإلغائه ابطال العمل به وتجريده من قوته الملزمة.

فقد تقدر السلطة التشريعية أن قانونا معينا لم تعد الحاجة ماسة لوجوده نظرا لأن هذا الوجود كان منوطا بظروف زالت، وهنا يلغى القانون بغير بديل. بيد أن مجرد زوال الظروف التى صدر القانون لمواجهتها لا يعتبر كافيا فى حد ذاته لاعتبار القانون لاغياً، بل يجب على المشرع أن يعلن الالغاء بإرادته الصريحة أو الضمنية.

وقد يتضمن القانون أجلا معينا ينتهى بحلوله سريان القانون، كما قد يكون استمرار سريانه معلقا على شرط. وفى مثل هذه الأحوال يسمى القانون بالقانون المؤقت.

وأخيراً قد يدرك المشرع أن قانونا معينا لم يعد يساير تطور الحياة الاجتماعية واحداثها، فيقوم بالغائه واستبدال آخر به يكون أكثر ملاءمة وتجاوباً مع الأوضاع المتطورة.

---

(١) يقتصر الحديث فى هذا الفرع عن الغاء التشريع بالمعنى الضيق أى القانون، وما يسرى على القانون يسرى على اللائحة.

أما بالنسبة للدستور فإن الغائه أو تعديله يخضع لقواعد خاصة تتضمنها نصوص الدستور وقد يلغى بغير اتباع هذه النصوص فى حالة قيام ثورة شعبية أو انقلاب عسكرى.

وفى كل الأحوال يكون مضمون الالغاء هو تجريد القانون القديم من قوته الملزمة.

**السلطة التى تملك الالغاء وصوره:**

٥٦- يفرض منطق تدرج القواعد القانونية ألا تلغى القاعدة القانونية إلا بقاعدة من ذات درجتها، فلا يجوز للائحة أن تلغى القانون، كما لا يجوز للقانون أن يلغى قاعدة دستورية، وعلى العكس يجوز للقاعدة الأعلى أن تلغى القاعدة الأدنى، فيجوز للقانون مثلا أن يلغى اللائحة.

ويترتب على هذا المبدأ أن الغاء التشريع إنما يكون من ذات السلطة التى وضعته وعن طريق اصدار تشريع لاحق. وقد نظمت المادة الثانية من القانون المدنى الغاء التشريع فذكرت أنه «لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الالغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع التشريع القديم، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع. ويتضمن هذا النص اقرارا لصورتى الالغاء الأساسيتين: الالغاء الصريح والالغاء الضمنى.

**الالغاء الصريح Abrogation éxepress**

٥٧- يكون **الالغاء صريحا** حين ينص القانون الجديد صراحة على ايقاف العمل بالقانون القديم. ومن قبيل ذلك ما نصت عليه المادة الأولى من قانون اصدار القانون المدنى الحالى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ من

الغاء القانون المدنى القديم بكافة أحكامه. ويحدد القانون الجديد عادة مدى الالغاء وهل يشمل القانون القديم فى كل أحكامه أم أنه يقتصر على بعضها دون البعض الآخر، وفى هذه الحالة الأخيرة يكون الالغاء جزئياً. ومن قبيل **الالغاء الجزئى** ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ باصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد إذ قررت «ويلغى قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ عدا الباب السابع من الكتاب الأول الخاص بإجراءات الاثبات، والفصل الثانى من الباب الثانى عشر من الكتاب الأول الخاص بالمعارضة... الخ».

**الالغاء الضمنى:** Abrogation tacite

٥٨- **الالغاء الضمنى** لا يستفاد من نص صريح فى القانون الجديد، بل من مظاهر التعارض بين القانون الجديد والقانون القديم.

فقد يناقض نص أو أكثر من نصوص القانون الجديد نصا أو أكثر من نصوص القانون القديم، وفى هذه الحالة لابد من اعتماد الحل وفقا لأحكام أحدهما. ونظرا لأن القانون الجديد يعبر عن إرادة المشرع الأخيرة، لذلك وجب تفضيله على أساس أنه ينسخ ما يخالفه من بين أحكام القانون القديم.

- وتبين المادة الثانية من القانون المدنى صور الالغاء الضمنى حيث أضافت، بعد ذكر الالغاء الصريح: لا يجوز الغاء نص تشريعى إلا

بتشريع لاحق.. يشمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.

**ويكشف هذا النص عن صورتين للالغاء الضمنى هما:**

**أولا:** أن يصدر قانون جديد يشتمل على نص يتعارض مع نص القانون القديم. وهى الحالة التى اتخذت كمثل أعلاه للالغاء الضمنى. ويلاحظ أن التناقض قد يقتصر على بعض النصوص، وفى هذه الحالة يعتبر القانون القديم لاغياً فى حدود ما تناقض مع أحكام القانون الجديد. وقد يكون التعارض شاملا مع كل أحكام القانون القديم، وهنا لابد من اعتبار القانون القديم لاغيا كلية.

ولإعطاء تحديد واضح لتطبيق هذه الصورة من صور الالغاء الضمنى يجدر أن نذكر الضوابط الآتية:

١- يتحقق الالغاء إذا كان التعارض بين نص عام جديد ونص عام قديم.

٢- يتحقق الالغاء أيضا إذا كان التعارض بين نص خاص جديد ونص خاص قديم.

أما إذا كان التعارض بين نص عام قديم ونص خاص جديد، فإن النص الخاص الجديد لا يلغى النص العام القديم سوى فى حدود الموضوع الذي ورد فى شأنه النص الخاص. ومن هذا القبيل ما كان ينص عليه القانون المدنى القديم من أن الملكية تنتقل فور التعاقد سواء فى المنقول

أو فى العقار، ثم جاء قانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣ وقانون الشهر العقارى سنة ١٩٤٦، وقرر أن الملكية فى العقار لا تنتقل إلا بالتسجيل، ونظرا لأن نصوص هذين القانونين تضمنت حكما خاصا بالملكية العقارية، فإنها لا تنسخ الحكم العام القديم، الخاص بنقل الملكية بصفة عامة، إلا فى حدود ما ورد به الحكم الخاص، أى فى شأن الملكية العقارية.

٤- إذا حدث التعارض بين حكم خاص قديم وحكم عام جديد، فإن الحكم العام لا يلغى الخاص بل يظل الحكم الخاص القديم سارياً على ما جاء بخصوصه، إلى أن ينسخه نص خاص مثله. وبالتالى فإن النص الخاص القديم يصمد دائما فى وجه النص العام الجديد بغض النظر عن تاريخ صدور كل منهما، وهو استثناء من قاعدة أن الجديد ينسخ القديم.

وينتهى الأمر فى هذه الحالة إلى بقاء النص الخاص ساريا بوصفه استثناء على الحكم العام الجديد. ومن هذا القبيل صدور القانون رقم ١٢١ لسنة ١٩٤٧ فى شأن إيجار الأماكن المبنية (قانون خاص) ثم صدور القانون المدنى (١٩٤٨) متضمنا نصوصا عامة لتنظيم عقد الايجار.

**ثانيا:** أن يصدر تشريع جديد ينظم تنظيما كاملا وضعاً انفرد بتنظيمه تشريع سابق وفى هذه الحالة يعتبر القانون السابق لاغياً بجميع أحكامه.

وهذه الصورة من صور الالغاء نادرة عملا، فالمشرع لا يقتصر فى حالة اعادة تنظيم موضوع معين على مجرد إفادة الالغاء الضمنى بل ينص عادة فى آخر القانون الجديد على الغاء ما سبقه من نصوص مغايرة. لذلك يقتصر الفقه على اعطاء أمثلة نظرية لهذه الصورة من صور الالغاء.

**ابطال القانون: Annulation de le loi**

٥٩- وهى صورة خاصة من صور اعدام وجود القانون تختلف عن حالات الالغاء السابقة.

فالالغاء هو انهاء القوة الملزمة للقانون فى المستقبل وذلك لانتهاء الحاجة إليه، أو لاستبداله بغيره أكثر ملاءمة لتطور المجتمع.

أما الابطال فلا يقتصر على انهاء القوة الملزمة للقانون بالنسبة للمستقبل بل يتعدى ذلك إلى الماضى، فهو يعدم وجود القانون منذ ولادته بحيث يعتبر كأن لم يكن أصلا.

ويتخذ هذا الاجراء فى حالات يقدر فيها المشرع أن صدور قانون معين كان مشوبا بعدم المشروعية، كقيام سلطات التحرير الوطنية بإبطال بعض القوانين التى سبق أن أصدرتها سلطة الاحتلال أو السلطة التابعة لها. ومن أمثلة هذه القوانين التشريعات التى أصدرتها حكومة فيشى التى حكمت فرنسا فى ظل الاحتلال النازى، فحين تم تحرير فرنسا أصدرت الحكومة الفرنسية المؤقتة قرارات بإبطال بعض القوانين بأثر رجعى، ووصفتها بأنها مجرد أعمال مادية سميت بالقوانين.

## الفصل الثالث

## العرف La Coutume

٦٠- للعرف معنيان أحدهما واسع والآخر محدد أو ضيق. أما المعنى الواسع فيشمل كل قاعدة قانونية تنبع من واقع الحياة وممارستها فى مجتمع معين، وبغير تدخل من السلطة التشريعية. ولا يقتصر هذا التعريف على العادات التى درج الناس على اتباعها فى علاقاتهم بل يشمل أيضا السوابق القضائية التى استقرت عليها المحاكم والآراء السائدة فى الفقه.

غير أن هذا المعنى ليس هو المقصود فى مقام دراسة مصادر القاعدة القانونية، إنما المقصود هو المعنى الضيق الذى يقصر العرف على نطاق محدد هو نطاق القاعدة القانونية غير المسنونة التى تنشأ من «اطراد سلوك الأفراد فى مسألة معينة على وجه خاص مع اعتقادهم فى قوتها الملزمة».

وللعرف بهذا المعنى أهمية بالغة، فهو مظهر التلقائية فى قدرة المجتمع على الاستجابة لمقتضيات النظام والتنظيم فيما ينشأ بين أفراده من وقائع وعلاقات. وتتأكد هذه التلقائية لا فى نشأة القاعدة القانونية العرفية فحسب بل وفى تطورها أيضا. فالقاعدة العرفية تطور نفسها باستمرار مع تطور حاجات الجماعة وظروفها، لذلك اعتبرت عنوانا للمرونة والملاءمة. ولهذا السبب كان العرف المصدر الأساسى للقواعد

القانونية فى المجتمعات القديمة، فهو أكثر المصادر ملاءمة بالنسبة للمجتمعات التى لم تبلغ حدا هاما من التقدم والتنظيم.

ففى العصور التى لم تعرف فيها الجماعات البشرية التنظيم السياسى، فى صورته الحديث المتطورة، لم يكن للقاعدة القانونية من مصدر سوى ذلك التوافق على اتباع بعض قواعد السلوك المطردة فى علاقات الأفراد.

ورغم ما يتمتع به العرف من مزايا المرونة والتطابق مع حاجات الجماعة، إلا أن له عيوبا كثيرة، من أهمها أن العرف بطئ فى نشأته، فلابد لوجوده من اطراد اتباعه زمنا طويلا. وهذا العيب يؤدى بدوره إلى صعوبة التحقق من وجوده فى بعض مراحل نشأته.

وأخيراً فإن نشأة العرف وفقا لحاجة الجماعة وظروفها قد يؤدى إلى تنوعه بين أقاليم الدولة المختلفة، ومن شأن هذا العيب الاخلال بالوحدة والتناسق اللازمين للقواعد القانونية فى الدولة الواحدة.

ولقد أدى تطور المجتمعات البشرية وتطور نظمها السياسية إلى تولى الدولة بإرادتها الرسمية مهمة سن القواعد القانونية. وكان من نتيجة ذلك أن أصبح التشريع المصدر الرسمى الأول للقانون، فى حين احتل العرف مكانا ثانويا. ورغم ذلك فإن العرف وإن كان قد تخلى عن مركزه الأول إلا أن أهميته مازالت كبيرة. ففى القانون المصرى نصت المادة الأولى من القانون المدنى على اعتبار العرف مصدرا رسميا للقاعدة

القانونيـة يلى التشريع مباشرة، أى يجب الالتجاء إليه فى حالة غياب النص التشريعى. لذلك يتعين دراسته بشئ من التفصيل.

## المبحث الأول

## أركان العرف وأثره

٦١- أشـرنا إلى إن العـرف هو اطراد سلوك الأفـراد فى مسـألة معينة على وجه خاص مع اعتقادهم فى قوته الملزمة.

ويتضـمن هذا التعـريف بيـان ركنين للعـرف: الركن المادى والركن المعنوى:

**أولا: الركن المادى:**

ويتكون الركن المادى من اطراد سلوك الأفـراد فى مسـألة معـينة على وجه معين، ويقتضى تحققه توافر الشروط الآتية:

**١- العمومية:** وهى عنصـر لازم لكى تكتسـب أية قـاعـدة سلوكية وصف القاعدة القانونية. فقد سبق أن أشرنا أنه يجب لكى تنشأ القاعدة القانونيـة أن يكون خطابها موجها إلى مجموعة من الأشخاص غيـر المعينين بذواتهم. ولا أهمـيـة بعـد ذلك لكون العرف شـاملا لكل أقاليم الدولة أو محليا يقتصر على إقليم معين. كما لا ينفى عمومية العـرف كونه خاصا بفئة أو طائفة بذاتها كالتجار أو الزراع، ويسمى العرف فى هذه الحالة الأخيرة بالعرف المهنى أو الطائفى، كما قد ينطبق على شخص واحد بصفته كالعرف الدستورى الخاص مثلا برئيس الدولة-

٢- القدم: يجب لكى ينشأ العرف أن يطرد الناس على اتباع قاعدة السلوك زمنا طويلا. ولا يوجد حد معين للمدة الكافية لتكوين القاعدة العرفية، بل ان الأمر قد يختلف باختلاف ظروف الجماعة التى نبتت فيها القاعدة. وللقاضى الذى ينظر النزاع أن يقرر ما إذا كان اتباع القاعدة قد استمر زمنا كافيا لاستقرارها كقاعدة قانونية.

ويرتبط بشرط القدم، ويترتب عليه، ضرورة أن يكون اطراد الناس على اتباع سلوك معين ثابتا، بمعنى ألا يكون الأفراد قد عدلوا عنه أو انقطعوا عن اتباعه لفترة أو لفترات متعددة.

٣- عدم مخالفة القاعدة للنظام العام أو الآداب العامة: ويهدف هذا الشرط إلى منع استقرار العادات السيئة والضارة بالمجتمع. وقد عبر البعض عن هذا القيد باشتراطهم أن يكون العرف «سديدا» أو «معقولا». فقد عرفت بعض الجماعات القديمة وبعض المجتمعات المعاصرة صورا متعددة لعادات سيئة أخذت مجراها فى حياة الأفراد. ومن قبيل العادات السيئة عادة وأد البنات فى الجاهلية، وعادة الأخذ بالثأر فى بعض مناطق صعيد مصر. وعندما يركز الفقه على معنى «المعقولية» والسداد، وعدم المخالفة للنظام العام أو الآداب، إنما يريد أن تبقى مثل تلك العادات السيئة - التى قد تسود فى مجتمع معين - خارج نطاق العرف الملزم قانونا.

**ثانيا: الركن المعنوى أو النفسى: L'element Psychologique**

٦٢- ان مجرد توافر الشروط السابقة المكونة للركن المادى لن يكفى فى حد ذاته لنشأة العرف. فإطراد سلوك الأفراد على وجه معين فى مسألة بذاتها قد يتوافر فى بعض العادات دون أن يؤدى ذلك إلى ارتقائها إلى مرتبة القاعدة القانونية العرفية، فكثير من التقاليد والعادات المحلية كقواعد المجاملات، يتوافر لها عناصر العمومية والقدم والثبات دون أن يترتب على ذلك اعتبارها عرفا.

فلكى ترتقى العادة إلى مرتبة العرف لابد من توافر عنصر نفسى أو معنوى هو اعتقاد الناس أن قاعدة السلوك التى تتضمنها العادة هى قاعدة ملزمة وواجبة الاتباع. ويقترن ميلاد هذا الاعتقاد بقبول الكافة - أو الأغلبية على الأقل - توجيه سلوكهم وفقا لمضمون القاعدة المذكورة. ومع وجود هذا الاعتقاد وسيادته توجد القاعدة العرفية وتكتسب صفة الالزام.

ولكن هل يلزم لاكتمال عنصر الالزام فى القاعدة العرفية أن يتدخل القاضى ويحكم بمقتضاها؟

ذهب بعض الفقهاء إلى عدم التسليم بكفاية العنصر المعنوى السالف ذكره، لاعتبار العرف ملزما، وأضافوا أن صفة الالزام لا تتحقق بمجرد اعتقاد الناس فى وجودها، ولكنها تتحقق عندما يوافق القضاء على القاعدة العرفية ويحكم بمقتضاها. وعلى هذا فإن القضاء هو الذى يحكم بنشأة القاعدة العرفية الملزمة.

غير أن هذا الرأى لم يكتب له الرواج وذلك لضعفه من نواح عدة: فاشتراط صدور قرار قضائى يجرنا إلى أن نتطلب تواتر القضاء على نحو معين، أى لابد لنشأة العرف إذن من صياغته فى اطار سابقة قضائية مستقرة فى أحكام الجهاز القضائى كله، ذلك أن صدور حكم قضائى أو بضع أحكام قضائية على نحو معين لا يكفى فى حد ذاته لالزام المحاكم الأخرى.

ومن الواضح أن الوصول إلى مثل هذه النتيجة يتنافى تنافيا كاملا مع الفكرة المستقرة للعرف، والتى من مقتضاها أن العرف ينشأ ويتطور ويكتمل فى خضم الحياة الاجتماعية وفق الشروط السالف بيانها، كما أنه يستمد قوته الملزمة من الضرورة الاجتماعية التى تفرضه وتحتم وجوده.

هذا فضلا عن أننا يمكن أن نتصور نشأة القاعدة العرفية رغم اعتراض القضاء، أو عدم اعترافه بها. فقد تنشأ هذه القاعدة داخل مهنة أو حرفة معينة دون أن يحتاج استقرارها واستمرارها لأى اعتراف قضائى.

بيد أن تلك الملاحظات لا تعنى التقليل من أهمية دور القضاء فى اكتمال القاعدة العرفية. فحين يؤكد القضاء وجودها بأحكامه فإنه يعجل بإثبات استقرارها، ويسجل قوتها الملزمة على وجه أكثر فعالية فى العمل، ويؤكد بالتالى وجوب احترامها.

**أثر العرف:**

٦٣- إذا توافر للعادة الركنان المادى والمعنوى على الوجه السالف بيانه نشأت القاعدة القانونية العرفية.

وتتميز هذه القاعدة بأنها تنشأ بمجرد توافر أركانها وبغير حاجة إلى اعلان رسمى بوجودها كالنشر أو الأحكام القضائية.

**ويعتبر العرف المصدر الاحتياطى الأول فى التشريع المصرى**، فحين لا يجد القاضى نصا تشريعيا يمكن تطبيقه على النزاع المعروض عليه، يجب عليه أن يلجأ إلى القواعد العرفية ليستقى منها الحل المناسب للنزاع.

ويترتب على اعتبار العرف مصدرا احتياطيا للتشريع أنه يحتل منزلة أدنى فى تدرج مصادر القاعدة القانونية، مما يقيد نطاق سلطانه فى مواجهة التشريع.. ولذلك لا يستطيع العرف مخالفة القاعدة التشريعية أو الغائها. وقد أوضحت المذكرة الايضاحية للمادة الثانية من القانون المدنى هذا المعنى حيث أكدت.. عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق.

ومع التسليم بهذا القيد العام يمكن القول بأن العرف كمصدر للقاعدة القانونية يستطيع سد النقص فى كافة فروع القانون.. غير أن أهميته تتفاوت من فرع لآخر.. ففى القانون التجارى يلعب العرف دورا هاما حيث ما زالت العادات التجارية تلعب دورا أساسيا إلى جانب النصوص التشريعية.. وعلى العكس لا يقوم العرف بأى دور يذكر فى

القانون الجنائى حيث يسود مبدأ «ألا جريمة ولا عقوبة بغير نص تشريعى».

ويترتب على اعتبار العرف قاعدة قانونية بالمعنى الكامل وجوب التسليم ببعض النتائج الهامة:

١- يفترض علم الأفراد بالقاعدة العرفية، كما هو الحال بالنسبة لكل قاعدة قانونية، وبالتالى لا يعذر المرء بجهله بالعرف.

٢- يفترض علم القاضى بالعرف، وبالتالى يجب عليه أن يطبق العرف من تلقاء نفسه دون أن يستطيع تكليف الأفراد باثباته لأنهم غير مكلفين بإثبات وجود القواعد القانونية.

٣- يخضع القاضى فى تطبيقه للعرف لرقابة محكمة النقض كما هو الحال بالنسبة لتطبيق القواعد القانونية الأخرى.

## المبحث الثانى
## العرف والعادة الاتفاقية
## Usage Conventionnel

٦٤- قد يطرد سلوك الناس فى مسألة على وجه معين، دون أن يصل هذا الاعتماد إلى حد تولد الاعتقاد فى الصفة الالزامية لهذا السلوك، أى أن يتحقق له الركن المادى فى العرف دون ركنه المعنوى.. فى مثل هذا الفرض، الذى سماه البعض بالعرف الناقص، نكون بصدد عادة اتفاقية. ومن أمثلة العادة الاتفاقية ما كان يجرى عليه العمل فى

الاسكندرية من أن ثمن استهلاك المياه على المستأجر[١]، كذلك ما جرت عليه العادة من أنه إذا قامت شركة بين شخصين وقدم أحدهما رأس المال وقدم الثانى العمل فإن الربح يوزع بينهما على أساس الثلثين للأول والثلث للثانى.

ولا يلتزم الأفراد بحكم العادة الاتفاقية إلا إذا اتفقوا صراحة على ذلك، أو تبين من ظروف التعاقد أن إرادتهم قد اتجهت ضمنا إلى الأخذ بها.

وقد أحال المشرع فى بعض الأحوال على حكم العادة الاتفاقية للأخذ بها، ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٤٣٢ مدنى من أن ملحقات الشئ المبيع التى يلزم تسليمها معه للمشترى تتحدد بعرف الجهة (العادة)، وتؤدى هذه الاحالة التشريعية إلى اعتبار العادة الاتفاقية حكما مكملا لإرادة الطرفين، وبالتالى فإن هذا الحكم يجب اتباعه إذا لم يتفق الأطراف على استبعاده. أما بالنسبة للعادة الاتفاقية التى لم ترد بشأنها احالة تشريعية فإنها لا تنطبق إلا إذا اتجهت إلى تطبيقها الارادة الصريحة أو الضمنية للأفراد.

**أوجه الاختلاف بين العرف والعادة الاتفاقية:**

٦٥- إذا استعرضنا الأحكام التى سلف بيانها بالنسبة للعرف والعادة الاتفاقية أمكننا استخلاص عدة فروق أهمها ما يلى:

---

(١) وذلك قبل أن يتدخل المشرع فى القوانين الخاصة بجعل استهلاك المياه على الشاغلين.

١- القاعدة العرفية قاعدة قانونية، لذلك قلنا أنه يفترض علم القاضى بها، وبالتالى لا يلتزم الأفراد بإثبات وجودها، غاية الأمر أنه نظرا لصعوبة اثبات العرف فى بعض مراحل تطوره أو فى بعض أقاليم نشأته فإن من الملائم أحيانا أن يبذل الأفراد جهدا لمعونة القاضى فى الاثبات.

وعلى العكس بالنسبة للعادة الاتفاقية فهى لا تعد قاعدة قانونية، بل مجرد واقعة لا يفترض علم القاضى بها، وعلى أطراف النزاع إذن عبء اثباتها.

ويترتب على هذا الاختلاف أنه فى الوقت الذى تمارس فيه محكمة النقض رقابتها على تطبيق القاعدة العرفية بوصفها قاعدة قانونية، فإنها لا تمارس هذه الرقابة على تطبيق العادة الاتفاقية.

٢- لا يستطيع الأفراد الاحتجاج بجهلهم بوجود القاعدة العرفية بقصد استبعاد تطبيقها، فالعرف قانون ولا يعذر المرء بجهله بالقانون. أما العادة الاتفاقية فهى ليست قاعدة قانونية، وبالتالى فهى لا تنطبق إلا بالاتفاق الصريح أو الضمنى.

**هل يجوز للعرف أن يخالف القواعد التشريعية:**

٦٦- أشرنا فيما سبق إلى أن العرف يعد مصدرا احتياطيا لا يلجأ إليه القاضى إلا فى حالة غياب النصوص التشريعية. فهو بالتالى فى المرتبة التالية للتشريع. ويترتب على منطق هذا القول أنه لا يجوز

للعرف مخالفة النصوص القانونية. وتتأكد هذه القاعدة بالنسبة للقواعد الآمرة.. فهذه الأخيرة تنظم مسائل تتعلق بالمصلحة العامة فلا يجوز أن يفلت زمام السيطرة على تنظيمها من قبضة السلطة القائمة على التشريع فى الدولة.

ومع ذلك فإن الفقه يجيز للعرف التجارى أن يخالف القواعد الآمرة فى القانون المدنى، وذلك على أساس أن مثل هذا القول لا يؤثر على مبدأ تدرج مصادر القانون بل يقتصر على تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى.. كما أن قواعد القانون المدنى تعتبر الشريعة العامة بالنسبة للمعاملات الخاصة، فى حين يعتبر القانون التجارى هو القانون الخاص بالنسبة للمعاملات التجارية، وبالتالى فإن القانون المدنى يكمل القانون التجارى فى حالة غياب النص. فإذا ثار نزاع تجارى معين وجب البحث عن قاعدة خاصة فى نطاق القواعد التجارية التشريعية أو العرفية، وبالتالى لا مجال للتنازع بين العرف التجارى وبين نصوص القانون المدنى.

وقد أوردت المادة ٢٣٢ مدنى نصا يجيز أن يخالف العرف التجارى قاعدة مدنية آمرة «يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون اخلال بالقواعد والعادات التجارية» كما نصت المادة ١٠٨ مدنى على حظر تعاقد الشخص مع نفسه بغير ترخيص من الأصل إلا إذا اقتضت قواعد التجارة خلاف ذلك.

وينبنى على ما سبق أيضا أن العرف التجارى لا يملك مخالفة النصوص التجارية الآمرة.

أما بالنسبة للقواعد التشريعية المفسرة، فمن المقرر - كما سنرى فيما بعد - إنه يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها، فهى، كما يذكر، مكملة لارادة الطرفين المتعاقدين، لذلك يجوز أن ينشأ عرف مخالف لها. ويحرص المشرع فى حالات متعددة على أن يضيف إلى القاعدة المكملة تحفظ يقول «مالم يوجد عرف يخالف ذلك». ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٤٦٤ مدنى من أن نفقات تسليم المبيع على المشترى ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضى بغير ذلك.

غير أن اطراد العرف على مخالفة نص قانونى مكمل لا يعنى الغاء هذا النص، إذ يظل النص قائما إلى أن تلغيه السلطة التى تملك ذلك.

## الفصل الرابع

## الشريعة الإسلامية

٦٧- يقصد بالشريعة الإسلامية مجموعة المبادئ والأحكام التى شرعها الله سبحانه وتعالى، وفرض على المسلمين الامتثال لأوامرها واجتناب نواهيها.

وقد احتلت الشريعة الإسلامية فى مصر مركز الصدارة كمصدر رسمى للقانون منذ الفتح الإسلامى. وكان سلطانها يشمل كافة العلاقات سواء ما دخل منها فى اطار الأحوال الشخصية أو فى اطار المعاملات المالية. ولم يكن يخرج عن هذا السلطان سوى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين، فقد تركت هذه المسائل لحكم القوانين الخاصة بكل ملة.

وظل الحال كذلك حتى بدأت مصر تأخذ بالقوانين الفرنسية ابتداء من سنة ١٨٧٥ فى موضوعات القانون المدنى، والتجارة، والمرافعات والعقوبات وتحقيق الجنايات.

وبصدور هذه القوانين أصبح نطاق تطبيق الشريعة الإسلامية محصورا فى مسائل الأحوال الشخصية وبعض مسائل الإرث والوصايا والوقف والولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالإدارة والغيبة.

ثم صدرت قوانين متلاحقة بتنظيم أغلب هذه المسائل بحيث لم تعد الشريعة الإسلامية، والأديان الأخرى، مصدراً رسمياً أصلياً إلا فى أضيق

الحدود، فلم يبق خاضعا للأديان سوى مسائل الأسرة، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجية وواجباتها المتبادلة والمهر والدوطة ونظام أموال الزوجين والطلاق والتطليق ومسائل البنوة والالتزام بالنفقة بين الأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى.

وقد جعل المشرع بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (الذى ألغى المحاكم الشرعية والمجالس الملية) من الشريعة الإسلامية القاعدة العامة فى حكم هذه المسائل. فقد قيدت المادة السادسة من هذا القانون امكان تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين بشرطين أساسين:

١- وجوب اتحادهم فى الديانة والملة والطائفة فإن اختلفوا فى شئ من ذلك وجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية.

٢- أن تكون لهم جهات قضائية منظمة ومعترف بها وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ورغم صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ فى شأن تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية، فإن هذا القانون تبنى ذات المبادئ السابقة فى شأن توزيع الولاية بين الشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى وأعاد فى المادة الثالثة ذات الشروط سالفة الذكر فى شأن شروط تطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين.

ويلاحظ أخيراً أن المقصود بالشريعة الإسلامية كمصدر رسمى أصلى فى مسائل الأسرة، هو الرأى الراجح من مذهب الإمام أبى حنيفة (فيما لم يرد به نص قانونى).

وإلى جانب دور الشريعة كمصدر أصلى فى ذلك النطاق الضيق، تلعب الشريعة دوراً هاماً كمصدر احتياطى للقاعدة القانونية وفقا لنص المادة الأولى من القانون المدنى. فقد سبق أن أشرنا إلى أن هذه المادة جعلت من الشريعة مصدرا احتياطيا يلى العرف فى الترتيب. فحين لا يجد القاضى نصا فى التشريع عليه أن يبحث عن قاعدة عرفية، فإذا تيقن من عدم وجود نص تشريعى أو قاعدة عرفية، وجب عليه أن يبحث فى مبادئ الشريعة الإسلامية عن حكم يمكن تطبيقه.

والمقصود بمبادئ الشريعة - فى هذا المقام - ليس الرأى الراجح من مذهب أبى حنيفة بل المبادئ العامة الكلية التى لا تختلف من مذهب إلى مذهب وحتى إن وجد مثل هذا الاختلاف فإن القاضى لا يتقيد بمذهب محدد، بل يستطيع أن يأخذ ما يراه أكثر ملاءمة للتطبيق. ومن الفقه من يرى امكان الرجوع إلى آراء تخرج عن نطاق المذاهب الأربعة المشهورة.

وكان نص المادة الأولى من القانون المدنى يقيد الأخذ بمبادئ الشريعة بأن تكون ملائمة لأحكام هذا القانون. فقد كان نص هذه المادة يجرى على النحو التالى: «.... فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون ....» وكان القصد من اضافة قيد الملاءمة هو الحفاظ على تجانس أحكام القانون المدنى. غير أن لجنة المراجعة حذفت القيد المذكور بحجة أن عدم

التجانس بين مبادئ الشريعة وأحكام القانون المدنى أمر مستبعد، لأن الالتجاء إلى مبادئ الشريعة لا يرد إلا فى حالة غياب النص التشريعى والقاعدة العرفية. ولذلك فالشريعة لا تقدم الحل إلا حين يعجز التشريع عن ذلك، وبالتالى لا يتصور قيام تنافر بينهما.

ومن ناحية أخرى وهذا هو الأهم، فإن على القاضى باجتهاده أن يقرب بين أحكام كل من الشريعة الاسلامية والقانون المدنى.

- وأخيراً فقد نص الدستور الدائم لسنة ١٩٧١ فى مادته الثانية على أن مبادئ الشريعة الاسلامية «مصدر رئيسى للتشريع» ثم عدل النص الدستورى بموجب استفتاء شعبى فى ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ بحيث أصبح ينص على أن الشريعة الاسلامية هى **«المصدر الرئيسى للتشريع»**.

ومعنى ذلك أن تصبح الشريعة الاسلامية بالضرورة مصدراً مادياً للقوانين التى تصدر عن السلطة التشريعية، إذ يتعين على هذه السلطة أن تستهدى فيما تصدره من تشريعات بأحكام ومبادئ هذه الشريعة السمحاء.

غير **أن الجدير بالملاحظة** فى هذا المقام أن نص المادة الثانية من الدستور هو خطاب ملزم موجه للسلطة التشرعية، فلا يجوز بالتالى للسلطة القضائية أن تحل نفسها محل المشرع فى استنباط قواعد مستوحاة من الشريعة الاسلامية وتطبيقها على المنازعات التى تعرض

عليها، وإلا أدى ذلك إلى الخلط بين التزام القضاء بتطبيق القانون الوضعي وبين اشتراع القواعد القانونية الذى يتأبى معه تعدى حدود ولايته (نقض ٢٣ يناير سنة ١٩٨٢).

ومن ناحية ثانية فإن التزام المشرع لمبادئ الشريعة الاسلامية، بعد تعديل نص المادة الثانية من الدستور سنة ١٩٨٠، هو واجب عليه بالنسبة لما يصدر من تشريعات لاحقة على هذا التعديل، أما التشريعات السابقة عليه فلا يجوز أن توصم بعدم الدستورية إذا كانت مخالفة للدستور أو متعارضة مع مبادئ الشريعة الاسلامية. فالأمر بالنسبة لهذه التشريعات السابقة هو أمر مسئولية سياسية توجب على المشرع أن يراجع تلك التشريعات ليرفع عنها المخالفة ويزيل منها وجه تعارضها مع الشريعة الإسلامية - وقد قضت المحكمة الدستورية تطبيقاً لذلك بأن الادعاء بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من القانون المدنى، بخصوص الفوائد الربوية على أساس أنها محرمة شرعاً، هو ادعاء فى غير محله **لأن المادة ٢٢٦ مدنى سابقة فى وجودها على نص المادة الثانية من الدستور** (دستورية ٤ مايو ١٩٨٥ مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا جزء ٣ ص ٢٠٩ - ٢٢٤).

## الفصل الخامس

## مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة

٦٦ - إذا لم يجد القاضى نصاً تشريعياً وجب عليه أن يبحث عن قاعدة عرفية فإن لم يجد فعليه أن يستعين بمبادئ الشريعة الاسلامية، فإن لم تسعفه هذه المصادر بالحكم الواجب الاتباع فهل يستطيع القاضى أن يمتنع عن الفصل فى النزاع بحجة قصور تلك المصادر عن الوفاء بالحاجة؟ أن القاضى يلتزم بالفصل فيما يرفع إليه من قضايا، ولا يستطيع أن يتخلى عن مهمته بحجة غياب القواعد القانونية أو غموضها، وإلا أعتبر مرتكباً لجريمة تسمى بجريمة انكار العدالة.

ولكى يتحاشى المشرع ورود مثل هذا الفرض أضاف فى المادة الأولى من القانون المدنى، إلى المصادر الثلاث السابقة، مصدراً رابعاً يتسم بالشمول والعمومية هو «**مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة**» فعلى القاضى حين لا يجد حكماً فى المصادر الثلاث الأخرى، وفق الترتيب الذى أوردته نص المادة الأولى، أن يحكم بمقتضى هذه القواعد.

فما هو مضمون مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة؟

لا يمكن اعطاء تعريف محدد لهذه المبادئ. فالقانون الطبيعى لم يكن فى يوم من الأيام سوى مجموعة من الأفكار العامة والمبهمة التى لم يستقر لها مضمون معين، كما سبق أن أشرنا فى صدر هذا الكتاب، وكل

ما أمكن ذكره عن جوهرها يدور حول أنها «المبادئ الأبدية والمثالية التى يتوصل اليها الإنسان بتفكيره وعقله وتأمله».

وتلتقى فكرة العالة بالفكرة السابقة من حيث المضمون المثالى، ويشوبها ذات العيب، وهو عدم التحديد وعدم الوضوح. وبالتالى يمكن اعتبارها «أقرب إلى الشعور منها الى الأفكار الثابتة المحددة».

وقد حاولت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى أن تفصح عن بعض حدود مضمون مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة، فذكرت بعض الأمثلة من التطبيق السابق على صدور القانون المدنى لكى توجه بما يجب اتباعه فى المستقبل.

«فى كنف مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة طبقت المحاكم المبادئ العامة فى القانون المصرى، وأخذت ببعض أحكام الشريعة الاسلامية، واتبعت بعض القواعد المقررة فى تشريعات أجنبية أو معاهدات دولية، بل عمدت إلى استحداث أحكام اقتضتها طبيعية الروابط الاجتماعية دون أن يكون لها سند فى سوابق التشريع أو العرف. وعلى هذا النحو لم يتقيد القضاء بضرورة التزام المبادئ العامة فى القانون المصرى فحسب وإنما استعان بهذه المبادئ كما استعان بغيرها متوخياً اختيار أصلح القواعد وأكثرها ملاءمة لطبيعة الأوضاع التى قصر القانون عن تنظيمها».

ويتضح من التأمل فى عبارات المذكرة الايضاحية إنها لم تزد الأمر

وضوحاً بل على العكس أكدت فكرة عدم التحديد. لذلك يبدو صحيحاً ما ذهب اليه بعض الفقهاء من أن وضع مبادئ القانون الطبيعي والعدالة كمصدر رسمي ليس إلا «من قبيل انقاذ المظهر». فبدلاً من أن يعطى المشرع للقاضي صراحة سلطة القاعدة القانونية، وهو ما يجاوز وظيفته سمح له بالوصول إلى ذات النتيجة تحت ستار مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة، غاية الأمر أن المذكرة الايضاحية حرصت على أن تبين أن سلطة القاضي في الاجتهاد ليست طليقة من كل قيد بل عليه أن يصدر في أحكامه «عن اعتبارات موضوعية عامة، لا عن تفكير ذاتي خاص».

## الباب الثالث

## تصنيف القواعد القانونية

٦٧ - تنتظم المجتمع الحديث هيئات ومؤسسات عامة، يتكون من مجموعها ما يعرف بالدولة، وترتبط هذه الهيئات والمؤسسات بسلطات ثلاثة أساسيـة هى السلطة التشريعيـة والسلطة التنفيـذية والسلطة القضائية.

ولا تقتصر أحكام القانون على تنظيم علاقات الأفراد فيما بينهم، بل يتعدى ذلك إلى تنظيم العلاقات التى تكون الدولة أو إحدى سلطاتها طرفاً فيها.

ويطلق وصف القانون العام على مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العـلاقـات بين سلطات الدولة والعـلاقـات التى تكون الدولة - بوصفها صاحبة السلطة فى المجتمع - طرفاً فيها. ويطلق وصف القانون الخاص على مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو فيـما بينهم وبين الدولة عندما تتصرف هذه الأخيرة كفرد عـادى وليس بوصفها صاحبة سلطة.

ومن ناحية أخرى تنقسم القواعد القانونية (الوحدات التى يتكون منهـا القـانون) من حـيث قـوتهـا ومـدى امكان الأفـراد التنصل من أحكامها، إلى نوعين: قواعد آمرة لا يجوز للأفراد مخالفتها، وقواعد

**مقررة أو مكملة لإرادة الأفراد** يجوز الاتفاق على مخالفتها.

ونعرض فيما يلى لتصنيف القاعدة القانونية من الزاويتين السابقتين، فنخصص المبحث الأول لفروع القانون، ونخصص الثانى للتفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المكملة.

# الفصل الأول

## فـــروع القانـــــون

## المبحث الأول

### القانـــون العـــام

٦٨- أشرنا إلى أن القانون العام هو الذى يحكم العلاقات التى تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها صاحبة السلطة فى المجالين الخارجى والداخلى. ففى المجال الخارجى تنشأ هذه العلاقات بين الدولة ومثيلاتها من الدول الأخرى، أو بينها وبين المنظمات الدولية المعترف بها كالأمم المتحدة وتسمى مجموعة القواعد التى تحكم مثل هذه العلاقات بقواعد القانون الدولى العام.

وفى الداخل يترتب على وجوب سلطات الدولة الثلاث الرئيسية ضرورة تحديد مجال اختصاص كل منها وحدود سلطاتها فى مواجهة السلطات الأخرى، وتسمى القواعد التى تنظم هذا الموضوع بالقانون الدستورى. وقد تنشأ العلاقات من خلال نشاط السلطة التنفيذية وما تقوم به من أعمال ونشاط فى إدارتها للمرافق العامة، وما يترتب على ذلك من روابط وتصرفات قد يدخل الأفراد كأطراف فيها، وتسمى القواعد التى تحكم هذا المجال بالقانون الادارى، ويلحق بالقانون الادارى القواعد المنظمة لميزانية الدولة وما تحصله من ضرائب ورسوم، وهى ما تسمى بالقانون المالى.

وأخيراً يدخل فى عداد القانون العام القواعد التى تحدد الجرائم وعقوباتها وتتدرج تحت وصف القانون الجنائى.

**أولاً- القانون الدولى العام**

٦٩- يشمل القانون الدولى العام القواعد التى تنظم علاقات الدولة بالدول الأخرى فى حالتى الحرب والسلم، كما ينظم علاقات الدولة بالتنظيمات الدولية المعترف بها.

فمن ناحية تنظم هذه القواعد علاقات الدول فى حالة السلم، فتضع الأسس والشروط التى يجب توافرها لقيام الدولة كعضو فى المجتمع الدولى، طرق التعامل فيما بين الدول، بما فى ذلك وسائل التمثيل السياسى، ووسائل ابرام المعاهدات والاتفاقيات، كيفية فض ما يثور من منازعات بالوسائل السلمية (المفاوضات والتحكيم).

كما ينظم القانون الدولى علاقات الدولة بالمنظمات الدولية، كالأمم المتحدة، ومجلس الأمن ،وما يتفرع عنهما من مؤسسات وهيئات. كما ينظم علاقات الدولة بما قد يوجد من منظمات اقليمية كجامعة الدول العربية.

وفى حالة الحرب ينظم القانون الدولى كيفية اعلانها، وعلاقات الدول المتحاربة، وقواعد سير الحرب وما يترتب على ذلك من طرق معاملة الأسرى والجرحى والمدنيين. كما يضع القانون الدولى تنظيماً لانتهاء الحرب، وما يترتب على ذلك من حقوق والتزامات.

وقد أنكرت قلة من الفقهاء (خاصة أوستن)[١]على قواعد القانون الدولى وصف القانون بالمعنى الكامل، وذلك بحجة عدم وجود سلطة عليا دولية تتولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكامه، لذلك اعتبر «القانون» الدولى مجرد مجموعة من الأخلاق الدولية الوضعية.

غير أن هذا الرأى لم يكتب له النجاح، ذلك أن وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء ليس لازماً، فى رأى البعض، لتوافر الصفة القانونية لقاعدة السلوك. فمن المسلم به أن القاعدة القانونية بالمعنى الكامل، تتحقق بمجرد توافر الاعتقاد فى صفتها الملزمة، دون أن يكون توقيع جزائها منوطا بأية سلطة عليا.

ولا شك أن عنصرى الالزام والجزاء يتوافران للقاعدة القانونية الدولية غاية الأمر أن عدم اكتمال فعالية هذه العناصر من الناحية العملية، إنما يرجع الى اعتبارات تتعلق بمستوى تطور المجتمع الدولى، وبالتوازن الدولى أكثر من تعلقها بامكانيات التنظيم القانونى للمجتمع الدولى. فهناك سلطة عليا تملك توقيع الجزاء هى الجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن، وقد مارست فعلاً فى حدود ضيقة بعض السلطات التدخلية عن طريق قوات الطوارئ الدولية (الكنغو - الشرق الأوسط - كوسوفو... الخ).

---

(١) راجع: سامى عبد الحميد، أصول القانون الدولى العام (١٩٧٢) ص ٢٧ وما بعدها.

## ثانياً- القانون الدستورى

٧٠- القانون الدستورى هو مجموعة القواعد التى تحدد نظام الدولة وشكلها وسلطاتها العامة وحدود هذه السلطات، وما ينشأ بينها من علاقات التعاون والرقابة المتبادلة. كما يبين حدود الحقوق والحريات التى يتمتع بها المواطنون فى الدولة وضمانات هذا التمتع. ونظراً لخطورة هذه المسائل التى ينظمها هذا الفرع اعتبرت قواعده فى قمة القواعد القانونية فى الدولة، وقد سبق أن بينا ما يترتب على ذلك من ضرورة التزام القواعد الأدنى (القوانين واللوائح) لأحكامه من حيث الشكل والموضوع على السواء.

## ثالثا- القانون الادارى

٧١- القانون الإدارى هو مجموعة القواعد التى تنظم أداء السلطة التنفيذية لوظائفها، إذ تقوم هذه السلطة على ادارة وتنسيق العمل فى الهيئات والمؤسسات التابعة لها كما تقوم على إدارة المرافق العامة للدولة، وهى تخضع فى ممارستها لهذه الوظيفة لقواعد قانونية تدخل تحت اسم القانون الإدارى، ومن أمثلة الموضوعات التى ينظمها هذا القانون ما يلى:

١ - الأقاليم ونظام الإدارة المحلية.

٢ - تنظيم وتسيير المرافق العامة فى الدولة.

٣ - بيان الأموال العامة وقواعد تحديدها ونظامها القانونى.

٤ - النظام القانونى لموظفى الدولة فى تعيينهم وترقيتهم وتأديبهم وانهاء خدمتهم.

٥ - الأعمال والتصرفات الإدارية، وشروط صحتها ووسائل الرقابة الإدارية والقضائية عليها (القرارات الإدارية والعقود الإدارية).

وقد تفرع عن القانون الإدارى مجموعة من القواعد المستقلة، التى تنظم مالية الدولة، فتبين مواردها من ضرائب ورسوم، والدخول المختلفة وضوابط تحصيلها، والقواعد الواجبة الاتباع فى اعداد الميزانية العامة وتنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ. وتحمل هذه القواعد الآن اسم القانون المالى.

## رابعاً- *القانون الجنائى*

٧٢- القانون الجنائى هو مجموعة القواعد التى تحدد الجرائم التى يعاقب عليها القانون والعقوبة المقررة لكل منها، واجراءات ضبط المتهم ومحاكمته وتوقيع العقاب عليه إذا ثبت ادانته.

ويبين من هذا التعريف أن القانون الجنائى يشمل نوعين من القواعد:

**النوع الأول:** ويضم القواعد التى تحدد الجرائم والعقوبات المخصصة لها، وتسمى هذه القواعد بالقواعد الموضوعية.

**والنوع الثانى:** يضم القواعد المتعلقة بالشكل والاجراءات الواجبة الاتباع منذ وقوع الجريمة حتى توقيع العقاب على من تثبت ادانته.

واستناداً إلى وجود هذين النوعين من القواعد تفرع القانون الجنائى الى فرعين أساسين: قانون العقوبات، وقانون الاجراءات الجنائية.

أولاً - قانون العقوبات: ويضم قواعد النوع الأول السالفة الذكر أى القواعد الموضوعية التى تحدد الجرائم والعقوبات المخصصة لها. ولا يلحق وصف الجريمة بأى عمل أو امتناع إلا إذا وجد نص تشريعى يفيد هذا المعنى ويعتبر هذا المبدأ من المبادئ الأساسية فى المجتمع الحديث، وقد وضع فى اطار الصيغة الشهيرة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بقانون».

**(أ) القسم العام:** ويشمل النظرية العامة، أو الأحكام العامة للجريمة وللعقوبة. فهو يبين أن للجرائم أنواع ثلاث: الجناية ولا جنحة والمخالفة، كما يبين الأركان اللازمة لقيام الجريمة وهى **الركن الشرعى** الذى يقضى بوجود نص يجرم الفعل ويعاقب عليه، **والركن المادى** الذى يتحقق بوقوع الفعل، والركن الأدبى والذى يقتضى أن يقع الفعل من شخص متمتع بأهلية تحمل تبعة أعماله. وأخيراً يبين القسم العام قواعد العقوبة: أنواعها، حالات تعددها، حالات سقوطها. حالات الاعفاء منها.

**(ب) القسم الخاص:** ويضم القواعد الخاصة بكل جريمة على حدة

كالقتل والسرقة والاختلاس والتجسس، مع بيان أركان كل جريمة وصورها المختلفة والعقوبة التى توقع على مرتكبها.

**ثانيا - قانون الاجراءات الجنائية:** ويضم قواعد النوع الثانى أى **القواعد الشكلية التى تحدد الاجراءات واجبة الاتباع** عند وقوع الجريمة للبحث عن مرتكبها والتحقيق معه ومحاكمته والحكم عليه ثم تنفيذ العقوبة على المحكوم عليه، ويبين من هذا التعريف أن قواعد الاجراءات لا تبحث فى موضوع الجريمة بل تبين الأوضاع والضمانات التى يسير وفقاً لها التحقيق والمحاكمة وتنفيذ الأحكام.

## المبحث الثانى

## القانون الخاص

٧٣- سبق أن أشرنا إلى أن القانون الخاص يطلق على مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الأفراد فيما بينهم، أو علاقات الأفراد بالدولة حين تتصرف هذه الأخيرة كشخص عادى لا بوصفها صاحبة سيادة.

ويضم القانون الخاص فروعاً متعددة: القانون المدنى، والقانون التجارى، وقانون المرافعات المدنية والتجارية. والقانون الدولى الخاص.

### اولاً- القانون المدنى

٧٤- القانون المدنى هو الفرع الأول والأساسى من بين فروع القانون

الخاص، فهو يشمل مجموعة القواعد التى تنظم ما ينشأ بين الأفراد من علاقات ذات طابع مالى[١]. وإذا بحثنا فى العلاقات المالية التى تنشأ بين شخصين، لوجدنا أنها تتضمن عناصر ثلاث:

**العنصر الأول:** هو أطراف العلاقة المالية.

**العنصر الثانى:** هو المحل التى ترد عليه هذه العلاقة.

**العنصر الثالث:** فهو خاص بتكييف العلاقة بين الأشخاص والأموال، والحماية القانونية لهذه العلاقة.

وتدور الأحكام الأساسية للقانون المدنى حول هذه العناصر الثلاثة، فهو يحدد الأحكام العامة للشخصية القانونية ويحدد الأحكام العامة للأموال، وأخيراً يتعرض لحماية حصيلة العلاقة بين الأشخاص والأموال أى لحماية الحق.

وقد كان القانون المدنى، من الناحية التاريخية، هو القانون الوحيد الذى يحكم كافة العلاقات سواء نشأت بين الوطنيين، أو بينهم وبين الأجانب، أو بين الأجانب المقيمين على إقليم الدولة، بل أنه كان يحكم فى ظل الامبراطورية الرومانية، العلاقات التى تخضع اليوم لأحكام القانون العام.

---

(١) العلاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية تخضع بعضها لأحكام القانون المدنى، ويخضع البعض الآخر لاحكام الدين على النحو الذى سبق بيانه عند التعرض للشريعة الاسلامية.

وبعد تفكك الامبراطورية الرومانية بدأت المجتمعات الغربية تعدل وتطور فى نظمها القانونية والسياسة بما أدى الى نشأة فكرة القانون العام كقانون مستقل عن القانون الخاص. وقد تأكد تطور القانون الخاص بمجئ الثورة الفرنسية التى أعقبها تفرع القانون الخاص إلى فروع مختلفة، فنشأ القانون التجارى وقانون المرافعات والقانون الدولى الخاص. وقد أدى هذا التفرع إلى بلورة فكرة وأحكام القانون المدنى مستقلة عن أحكام الفروع الأخرى الداخلة فى اطار القانون الخاص.

بل لقد أثبت التطور أن هناك من العلاقات الخاضعة للقانون المدنى ما يحتاج الى عناية خاصة وتنظيم مستقل، فقد ترتب على الثورة الصناعية ما صاحبها من تطورات اجتماعية وفكرية، نشأة ما يسمى بقانون العمل، ويضم هذا القانون مجموعة القواعد التى تنظم روابط العمل بين العمال وأرباب العمل مستهدفة تحقيق أكفأ الظروف لتأمين العمال، وتوفير أسباب الراحة والرفاهية لهم ولأسرهم. وقد أكدت الأفكار الاجتماعية ما لهذا الفرع من أهمية وخطورة.

وقد أدى التطور أيضا إلى نشأة القانون الزراعى كقانون مستقل نسبيا عن القانون المدنى، فبصدور قوانين الاصلاح الزراعى، وتنظيمات الجمعيات التعاونية الزراعية وما سبق ذلك وصاحبه من فلسفات اشتراكية، أصبحت العلاقة بين مالك الأرض الزراعية ومستأجرها، كذلك رابطة الملكية ذاتها، تخضع لمجموعة من القواعد المختلفة فى أسلوبها

ومبادئها وأهدافها. ويمكن أن نذكر بصفة عامة أن هذه القواعد اتسمت بالاشتراكية، وقامت بالتالى على أساس اجتماعى يختلف تماماً عن أساس القواعد القديمة.

بيد أن تلك التطورات لم تفقد القانون المدنى مركزه بوصفه القانون الأم أو الشريعة العامة بالنسبة للفروع الأخرى. فهو يضم القواعد الأساسية المشتركة بين كافة الفروع كالقواعد التى تحدد بدء الشخصية القانونية وانتهائها، وقواعد تحديد الأموال وتقسيماتها وطرق اكتسابها واستعمالها، كما تبين ما يرد عليها من حقوق، كما يحدد القانون المدنى القوعد الأساسية للشركات.

وقد ترتب على هذا المركز نتيجة هامة هى أنه فى حالة سكوت أحد الفروع عن تنظيم مسألة معينة فيجب الرجوع الى أحكام القانون المدنى لاستقاء الحكم الواجب التطبيق.

### ثانياً- *القانون التجارى*

٧٥- القانون التجارى هو مجموعة القواعد التى تنظم التجارة والتجار. فهو يحدد متى يعتبر الشخص تاجراً، ومتى يكتسب عمله وصف العمل التجارى. وينظم هذا القانون أيضاً مجموعة التصرفات والتنظيمات المتعلقة بالتجارة، فهو ينظم العقود التجارية والأوراق التجارية (الشيك - الكمبيالة - السند الأذنى) والدفاتر التجارية، وحالات التوقف عن الدفع واشهار الافلاس، كما يضع القواعد المتعلقة بالشركات التجارية.

ولقد كان التجار والتجارة يخضعان للقانون المدنى بوصفه القانون العام للعلاقات المالية بين الأفراد - كما سبق أن ألمحنا - بيد أن مقتضيات التجارة أثبتت أن كثيراً من قواعد القانون المدنى لا يتوامم مع ما تقتضيه التجارة من ثقة وسرعة. فقد أثبت ازدهار التجارة أن هاتين الصفتين لا غنى عنهما للتاجر ونشاطه. لذا كان لازما وضع أحكام خاصة تتمشى مع منطق الثقة ومتطلبات السرعة. ومع التطور فرضت اعتبارت التجارة أسلوبها، فتكونت لها قواعد خاصة بدت فى بداية الأمر فى شكل استثناءات من قواعد القانون المدنى، ومع ازديادها وتشعب موضوعاتها كونت فرعاً مستقلاً وقائماً بذاته هو القانون التجارى.

ويمكن أن نعطى بعض الأمثلة على عدم تجاوب أحكام القانون المدنى مع مقتضيات التجارة، وما ترتب على ذلك من ميلاد قواعد القانون التجارى:

١ - لا يجيز القانون المدنى الاثبات بشهادة الشهود إلا فى حدود خمسمائة جنيه. فإذا تجاوز المبلغ هذه الحدود وجب اثبات بالكتابة. ويلاحظ ما فى هذه لقاعدة من تعارض من مبدأ السرعة والثقة فى المعاملات التجارية. لذلك فقد أباح القانون التجارى الاثبات بشهادة الشهود، مهما بلغت قيمة الدين.

٢ - يخضع التاجر الذى يتوقف عن دفع ديونه لقواعد خاصة وقاسية تؤدى إلى اشهار افلاسه وغل يده عن إدارة أمواله واسناد هذه

الادارة الى شخص يديرها . وينطبق هذا النظام فى حالة التوقف عن الدفع حت يولو كانت العناصر الايجابية فى ذمة التاجر أكثر من ديونه. أما المدين العادى، أى غير التاجر، فيخضع لنظام أكثر يسراً يسمى بنظام الاعسار. وهو لا ينطبق لمجرد التوقف عن الدفع، بل يشترط لتطبيقه أن تزيد ديون المدين عن حقوقه.

وقد نشأت إلى جانب القانون التجارى بعض القوانين :

١ - **القانون البحرى:** وهو مجموعة القواعد التى تنظم التجارة البحرية، وتدور هذه القواعد أساساً حول السفينة بوصفها أداة الاستغلال البحرى. ويختص هذا القانون تعريف السفينة والحقوق والعقود التى ترد عليها . ومركز الربان الذى يقودها من حيث اختصاصاته وسلطاته وعلاقته بصاحب السفينة وبالعاملين على ظهرها، كما ينظم أحكام عقد النقل البحرى وعقد القرض البحرى وعقد التأمين البحرى، وكافة أحكام المسئولية المترتبة على استغلال السفينة وتسييرها (القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ باصدار قانون التجارة البحرية).

وقد استقلت التجارة البحرية بأحكام متميزة نظراً لما يلازمها من ظروف مختلفة وما يصاحب ممارستها من أحكام ومسئوليات خاصة.

٢ - **القانون الجوى:** وهو مجموعة الأحكام التى تنظم الملاحة والتجارة الجوية. وقد ازدادت أهمية هذا الفرع نظراً لازدياد أهمية النقل الجوى فى العصر الحديث، وقد صيغت معظم قواعده فى صورة اتفاقيات دولية.

## ثالثاً- قانون المرافعات المدنية والتجارية

٧٦- قانون المرافعات هو مجموعة القواعد التى تحدد الاجراءات الواجبة الاتباع لحماية الحق عن طريق السلطة القضائية. فهو يحدد لنا وصفاً للتنظيم القضائى القائم فى الدولة، ببيان الجهات القضائية والمحاكم القائمة فى كل جهة وتدرجها وتشكيلها، كما يحدد قواعد توزيع الاختصاص بين جهات القضاء المختلفة (مجلس الدولة والقضاء العادى) وقواعد توزيع الاختصاص فى داخل الجهة الواحدة من حيث مدى اختصاص كل درجة من درجات القضاء (بين المحكمة الجزئية والمحكمة الكلية مثلاً) بنوع من القضايا (اختصاص نوعى) ومن حيث توزيع العمل جغرافياً بين محاكم الدرجة الواحدة (بين المحاكم الجزئية مثلاً) (وهو ما يسمى بالاختصاص المحلى).

كما يحدد قانون المرافعات طريقة رفع الدعوى، وطريقة السير فيها وطرق الاثبات وما قد يعترض سير الدعوى من عوارض مختلفة ثم كيفية صدور الحكم فى الدعوى ووسائل الطعن فى هذا الحكم (المعارضة والاستئناف والنقض والتماس اعادة النظر) وما هى اجراءات ذلك.

وأخيراً يحدد قانون المرافعات اجراءات تنفيذ الحكم الصادر لصالح أحد الخصوم.

## رابعاً - القانون الدولى الخاص

٧٧- القانون الدولى الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التى تحدد المحكمة المختصة بنظر المنازعات ذات العنصر الأجنبى، وتحدد القانون الواجب التطبيق على النزاع.

فالعلاقة القانونية التى تقوم بين الأشخاص قد تكون وطنية فى جميع عناصرها:

كما إذا باع مصرى عقاراً لمواطن مصرى آخر، وكان مقر هذا العقار فى مصر، ففى هذا المثال تكون العلاقة وطنية فى جميع عناصرها، أشخاص العلاقة، والمال، محل العلاقة. وفى مثل هذه الحالة لا تثور مشكلة ما بالنسبة للمحكمة المختصة: هى المحكمة المصرية، والقانون الواجب التطبيق هو القانون المصرى. ويقوم قانون المرافعات المصرى بتحديد أى المحاكم هى المختصة نوعياً بنظر هذا النزاع وهل هى المحاكم الجزئية أم المحاكم الابتدائية (الكلية) ومن بين هذه المحاكم الجزئية أو الابتدائية - أيها يختص جغرافياً بنظر النزاع وهل هى مثلاً محكمة مصر الجديدة الجزئية أم محكمة عابدين الجزئية. وعلى القاضى الذى يستقر أمامه النزاع أن يبحث عن القاعدة القانونية الواجبة التطبيق فى القوانين المصرية ثم يقوم بتطبيقها.

غير أن العلاقة القانونية قد لا تكون وطنية بحته، فقد تتضمن عنصراً أجنبياً أو أكثر، فقد يبيع أحمد المصرى عقاراً لشارل الفرنسى،

وقد يتزوج مصرى من أجنبية. ففى مثل هذه الأحوال يثور التساؤل عن القانون الواجب التطبيق وعن المحكمة المختصة بما قد ينشأ من منازعات، فهل المحكمة هى أحد المحاكم المصرية بحكم أن أحد طرفى العلاقة مصرى، وهل القانون المصرى هو الواجب التطبيق لذات السبب، أم أن المحكمة هى أحدى محاكم دولة الطرف الآخر وأن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولته، ولماذا؟

والقانون الدولى الخاص هو الذى يضع حلولاً لمثل هذه المشاكل. ويلاحظ أنه لا يضع حلولاً موضوعية للمنازعات ذات العنصر الأجنبى، بل انه يكتفى فقط بوضع ضوابط الاسناد التى تحدد القضاء المختص والقانون الواجب التطبيق من بين المحاكم والقوانين المتنازعة[1].

---

(١) مثال ذلك: ما تنص عليه المادة ٢/١٩ من القانون المدنى «قانون موقع العقار هو الذى يسرى على العقود التى أبرمت فى شأن هذا العقار»، ونص المادة ٢٢ مدنى التى تنص على أن «يسرى على قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات».

## الفصل الثانى

## القواعد الآمرة والقواعد المقررة أو المكملة

٧٨- تنقسم القواعد القانونية من حيث قوتها الملزمة للأفراد الى قواعد آمرة وأخرى مقررة (أو مفسرة أو مكملة) . وترجع هذه التفرقة الى وجوب وجود نطاق معين يتسم فيه التنظيم القانونى بدرجة من الالزام، لا يستطيع الأفراد أمامه سوى الاستجابة لأوامر القانون واجتناب نواهيه، تحقيقاً لمصلحة عامة يقدرها المشرع. وفى خارج هذا النطاق يترك القانون للأفراد قدراً من الحرية - فى مواجهة ما يضعه من قواعد - لكى ينظموا أنشطتهم على الوجه الذى يرونه محققاً لمصالحهم وللتوازن فى علاقاتهم.

وفى الحالة الأولى التى يفرض القانون فيها أوامره ونواهيه تسمى القاعدة القانونية بأنها قاعدة آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها. وفى الحالة الثانية تسمى القاعدة القانونية بأنها مكملة أو مفسرة(١).

### أولاً - القواعد الآمرة: re'gles impérative

ويقصد بها، كما سبق البيان، القواعد التى لا يجوز للأفراد مخالفتها، فما عليهم فى مواجهتها سوى الانصياع لأوامرها واجتناب

---

(١) راجع عبد الفتاح عبد الباقى، السابق، رقم ٦٨، حسن كيرة، السابق رقم ١٦ وما بعدها.

نواهيها، فإذا حاول الأفراد مخالفة هذه القواعد وقع تصرفهم باطلاً ولا يعتد به قانوناً. ومن أمثلة القواعد الآمرة القاعدة التى تضع حداً أقصى لسعر الفائدة، والقواعد التى تحرم ارتكاب الجرائم، والقواعد المتعلقة بأحكام الأسرة والحالة الشخصية.

**ثانياً: القواعد المقررة أو المكملة: régles suppletives**

وهى قواعد أقل درجة من السابقة، إذ يستطيع أصحاب الشأن استبعاد انطباق حكمها على علاقاتهم وذلك بالاتفاق على ما يخالفها. والمشرع حين يضع مثل هذه القواعد إنما يقدر أن الأفراد قد لا يضعون تنظيماً كاملاً لكل جزئيات العلاقات القائمة بينهم، إما لضيق الوقت أو لعدم الخبرة، أو لغير ذلك من الأسباب، لذلك تولى عنهم المشرع وضع تنظيم لمثل هذه المسائل يشترط لانطباقه عدم افصاح الأفراد عن تنظيم مخالف. فإذا اتفق الأفراد على تنظيم مسألة معينة، وردت بها قاعدة مقررة ،على وجه يغاير مضمون هذه القاعدة، كان اتفاقهم هو الواجب الاتباع دون نص القاعدة المذكورة.

ونجد صوراً عديدة لمثل هذه القواعد فى مجال العقود، ومن أمثلتها ما يقضى به القانون المدنى من أن ثمن الشئ المبيع يدفع وقت التسليم (م ٢/٤٥٦ مدني)، ومقتضى كون هذه القاعدة مقررة أنه يجوز لأطراف العقد أن يتفقوا على دفع ثمن الشئ المبيع فى وقت آخر غير وقت التسليم، فإن فعلوا كان اتفاقهم واجب الاتباع وإن أغفلوا تنظيم

هذه المسألة انطبقت القاعدة المقررة[١].

وتسمى القاعدة المقررة أحياناً بالقاعدة المفسرة، ويقصد بذلك أن المشرع حين وضعها لم يقصد سوى تفسير إرادة أطراف العلاقة القانونية، فالحكم الذى وضعته هذه القاعدة لا يعدو أن يكون تعبيراً عن الإرادة المحتملة لهؤلاء الأطراف. وقد اعترض على هذا التحليل بأن المشرع لا يفسر إرادة الاطراف وإنما يأمر بحل معين يجب تطبيقه إذا غفل الأفراد عن تنظيم مسألة بذاتها على نحو ما أمر به. فالقاعدة المقررة هى قاعة قانونية ملزمة بالمعنى الكامل، غاية الامر أن شرط انطباقها هو عدم اتفاق الأفراد على ما يخالفها، لذلك يفضل البعض تسمية هذه القواعد بالقواعد المكملة بمعنى إنها تكمل ارادة المتعاقين بالنسبة لما فاتهم الاتفاق عليه.

**ثالثاً - معيار التمييز بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة:**

٧٩- نظراً للأهمية البالغة التى أشرنا إليها والتى تترتب على

---

(١) ومنها أيضا نص المادة ١/٤٥٧ مدني «يكون الثمن (فى عقد البيع) مستحق الوفاء فى الوقت الذي يسلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك. والمادة ٤٨٤ مدنى فى شأن عقد المقايضة «مصروفات عقد المقايضة وغيرها من النفقات الأخرى يتحملها المتقايضان مناصفة، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك». والمادة ٥٠٧ مدنى فى شأن عقد الشركة من أن تعتبر حصص الشركاء متساوية القيمة، وإنها واردة على ملكية المال لا على مجرد الانتفاع به، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك».

التفرقة بين القاعدة الآمرة والقاعدة المقررة فقد ثار التساؤل عن معيار هذه التفرقة. وكيف يمكن تحديد نطاق كل من النوعين؟ وبعبارة أخرى متى تعتبر القاعدة آمرة ومتى تعتبر مقررة أو مكملة؟

اقترح معياران لإعمال هذه التفرقة أحدهما المعيار المادى أو اللفظى، والآخر هو المعيار المعنوى.

**٨٠- (أ) المعيار المادى أو اللفظى:** ويقوم على أساس الرجوع إلى العبارات والنصوص القانونية للكشف عن كون القاعدة القانونية آمرة أم مقررة، فقد يفصح المشرع عن نوع القاعدة بأن يلحق بها عبارات تفيد هذا المعنى، ومن الأمثلة على ذلك أن يذكر النص التشريعى أن كل مخالفة لمضمونه تعتبر «باطلة» أو أن ينص على أن كل اتفاق على ما يخالف النص غير جائزة، أو لا يعتد بها. ومن قبيل النصوص التى وردت على هذا النحو ما نصت عليه المادة ١٣١ مدنى من أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه. وما قضت به المادة ٦٠٩ من أنه يجوز للموظف أو المستخدم إذا اقتضى عمله أن يغير محل اقامته، أن يطلب انهاء ايجار مسكنه.. ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك. ففى هاتين الحالتين أفصح المشرع عن كنه القاعدة القانونية بأن قرر أن كل اتفاق يخالف ما جاء بها يعتبر باطلاً ولا يعتد به.

وعلى العكس قد يفصح النص بعبارته عن أن القاعدة ليست بقاعدة آمرة، وإنما مجرد قاعدة مقررة أو مكملة. فقد ينص المشرع صراحة على جواز الاتفاق على ما يخالف القاعدة القانونية كما هى الحال فى نص المادة ٣٤٨ مدنى التى تقرر أن نفقات الوفاء تكون على المدين إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، كذلك ما ذهبت إليه المادة ٣٥٨ مدنى من أن ثمار الشئ المبيع من حق المشترى من وقت تمام البيع كما أن تكاليفه تلزمه من هذا الوقت. وذلك ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بخلاف ذلك.

غير أن المشرع لا يفصح عن إرادته بهذه الصراحة فى كافة النصوص القانونية، فقد تأتى صياغة القاعدة القانونية خالية مما يفيد كونها قاعدة آمرة أو مقررة. وفى مثل هذه الأحوال تبقى مشكلة معيار التفرقة قائمة. لذلك اتجه الفقه والقضاء الى معيار آخر، هو المعيار المعنوى الذى يقوم على البحث فى معنى القاعدة القانونية.

**٨١- (ب) المعيار المعنوى:** ويقوم على البحث فى معنى القاعدة القانونية بقصد الوصول الى معرفة مدى أساسية وأهمية المصالح التى قررت القاعدة لحمايتها. فإذا أفاد معنى النص ارتباط حكمه بمصلحة من المصالح الحيوية والأساسية للمجتمع أمكن القول بأننا بصدد قاعدة آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها. وعلى العكس إذا استبان لنا أن النص يتعلق فقط بمصالح خاصة للأفراد ولا يمس المصالح

الحيوية للمجتمع، أمكننا أن نقرر أن القاعدة هى قاعدة مقررة أو مكملة أى يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالفها .

وقد استقر الفقه على وضع المعيار السابق فى صياغة أكثر تحديداً فاعتبر أن القاعدة الآمرة هى تلك التى تتصل بالنظام العام والآداب العامة.

بيد أن الصعوبة لم تنته بصياغة المعيار على النحو السابق، إذ يبقى أن نعرف ونحدد معنى النظام العام والآداب.

حاول الفقه أن يقدم تعريفاً لهذه الفكرة، فعرف **النظام العام** بأنه مجموعة القواعد والأنظمة الأساسية اللازمة لسلامة التنظيم الاجتماعى والتى لا يستطيع الأفراد استبعادها أو تغييرها، لأنها وضعت لاعتبارات تتجاوز اعتبارات المصالح الفردية والخاصة.

أما عن **الآداب العامة** فقد اعتبرها الفقه إحدى مظاهر النظام العام التى تغطى مجموعة المبادئ الأساسية اللازمة لصيانة الأخلاق فى المجتمع خاصة من زاوية العلاقات والأفعال الجنسية.

ويتضح مما سبق أن ما قدمه الفقه من ايضاح لا يكفى فى حد ذاته لوضع معيار محدد تحديداً دقيقاً للنظام العام والآداب. فالصيغ السابقة ما هى إلا مجرد محاولات لوضع القاضى على الطريق السليم للتعرف على كنه القاعدة القانونية، هذا فضلاً أن الفكرة فى حد ذاتها غير ثابتة

سواء من الناحية الزمانية أو من الناحية المكانية وفقاً لتغير الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والفكرية. فما قد يعتبر متعلقاً بالنظام العام فى زمن معين قد لا يعتبر كذلك فى زمن آخر. فالرق كان مباحاً فى وقت من الأوقات، أما اليوم فمنعه يعتبر أمراً متعلقاً بالنظام العام، ومن الناحية المكانية نجد أن ما قد يعتبر متعلقاً بالنظام العام فى بلد ما لا يعتبر كذلك فى بلد آخر، ومثال ذلك مقارنة أنظمة تعدد الزوجات وإباحة الطلاق فى البلاد الإسلامية مع مثيلاتها فى الدول الأوربية.

ويحاول الفقه أن يزيد الأمر ايضاحاً وذلك بالكشف عن مدى تغلغل فكرة النظام العام فى كل من فرعى القانون الأساسيين وهما القانون العام، والقانون الخاص.

**فقواعد القانون العام** تدخل كلها فى دائرة النظام العام، ومرجع ذلك أنها تنظم العلاقات التى تكون الدولة طرفاً فيها بوصفها السلطة صاحبة السيادة فى المجتمع. فكل ما يتعلق بتنظيم السلطات العامة فى الدولة، وكل ما يتعلق بحريات الأفراد وبنظم الموظفين وبقواعد القانون الجنائى.. الخ يعتبر متعلقاً بالنظام العام وبالتالى لا يجوز الاتفاق على ما يخالف القواعد الخاصة به.

أما فى نطاق **القانون الخاص** فيمكن القول بصفة عامة أن فكرة النظام العام تسيطر على ما ينظمه القانون المدنى من مسائل الأحوال الشخصية خاصة قواعد الأهلية والقواعد المتعلقة بالأسرة.

أما بالنسبة للمعاملات والعلاقات المالية، فإن فكرة النظام العام أقل تغلغلاً، مع ملاحظة أن مجالها يتسع بازدياد تدخل الدولة فى المجالات الاقتصادية خاصة فى ظل الأنظمة الاشتراكية. فالدولة الاشتراكية تتدخل باستمرار باصدار قوانين آمرة لتأكيد وحماية مصالح الطبقات الكادحة. وتعطينا قواعد القانون الزراعى وقانون العمل أمثلة كثيرة على ازدياد أهمية النظام العام بين فروع القانون الخاص.

## الباب الرابع

## تطبيـــق القانـــون

٨٢ - حين يتوافر للقاعدة القانونية عناصر الوجود والنفاذ تصبح سارية المفعول بالنسبة للأفراد المخاطبين بأحكامها. والوضع المثالى لأى مجتمع هو أن ينصاع أفراده لحكم القانون من تلقاء أنفسهم، وحين تعترضهم صعوبة فى التطبيق يلجأ لفقيه أو لمحام يستطلعونه الرأى فيقدم لهم ما يراه مناسباً لمضمون حكم القانون، وقد يلجأون لوسيط يرتضون ما يفرضه عليهم من حل.

غير أن الأمور لا تسير دائماً على هذا النحو فى الحياة العملية، فقد يثور نزاع حاد بين أطراف العلاقة القانونية لا تجدى معه نصيحة الفقيه ورأى المحام، ولا يرتضى فيه الأطراف حكم وسيط. لذلك أنشئت المحاكم القضائية لكى تفصل فى مثل هذه المنازعات معبرة عن التطبيق السليم للقانون على العلاقة موضوع النزاع. ومن أهم ما يعترض تطبيق القاعدة القانونية مشكلتان، **الأولى** تدور حـــول **تفسير القاعدة القانونية** لتحديد مضمون حكمها بوضوح يسهل معه ايجاد حل لما يعرض من منازعات بين الأفراد. **والثانية تدور حول البحث فى مدى انطباق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان.**

لذلك سنعرض فى هذا الفصل لموضوعات ثلاث:

١ - الجهاز القضائي بوصفه الإدارة الرئيسة لتطبيق القانون وتفسيره. وسنقتصر على وصف الجهاز القضائي المصري بإيجاز.

٢ - تفسير القاعدة القانونية.

٣ - نطاق تطبيق القاعدة القانونية من حيث المكان والزمان.

## الفصل الأول

## الجهـــاز القضائـــى

٨٣- ينقسم الجهاز القضائى فى مصر الى جهتين كبيرتين هما جهة القضاء العادى من ناحية وجهة القضاء الإدارى (أو مجلس الدولة) من ناحية أخرى.

ويقوم توزيع الاختصاص بين الجهتين على أساس أن جهة القضاء العادى هى صاحبة الاختصاص العام، وأن جهة القضاء الإدارى هى جهة الاختصاص المحدد بالنص. ومعنى هذه القاعدة أن جهة القضاء العادى تختص بكافة المنازعات التى لم يجعلها القانون من اختصاص القضاء الإدارى.

وقد حدد قانون مجلس الدولة المنازعات التى يختص به القضاء الإدارى والتى تخرج بالتالى عن اختصاص جهة القضاء العادى.

وسنعرض فيما يلى لطبقات وتشكيل واختصاص محاكم كل من جهتى القضاء، ونختم بعرض لقانون انشاء المحكمة الدستورية العليا.

## المبحث الاول

## طبقات وتشكيل واختصاص

## محاكم القضاء العادى

٨٤- على قمة جهة القضاء العادى توجد محكمة عليا تسمى بمحكمة النقض ومهمة هذه المحكمة هى السهر على توحيد فهم القانون وتوحيد الاتجاهات القضائية فى شأنه فضلاً عن أنها تراقب سلامة وحسن تطبيق القانون، وهى تمارس تلك المهام بمناسبة ما يرفع إليها من طعون فى الأحكام الصادرة أساساً من محاكم الاستئناف بسبب مخالفة القانون أو الخطأ فى تطبيقه أو فى تأويله أو إذا وقع بطلان فى الحكم أو فى الاجراءات أثر فى الحكم.

وتعقد محكمة النقض فى هيئة دوائر احداها للمسائل المدنية والتجارية والأخرى للمسائل الجنائية والثالثة للنظر فى مسائل الأحوال الشخصية... الخ وتتكون كل دائرة من خمسة من المستشارين.

وإذا كانت محكمة النقض وهى قمة الجهاز القضائى العادى هى محكمة وحيدة بالنسبة لكافة أنواع المنازعات المدنية والتجارية والجنائية ومسائل الأحوال الشخصية، فإن الأمر يختلف بالنسبة للدرجات القضائية الأدنى.

فجهة القضاء العادى تتفرع من حيث توزيع العمل إلى فرعين أحدهما يختص بالنظر فى المنازعات المدنية والتجارية ومسائل الأحوال

الشخصية، والآخر يختص بالمنازعات الجنائية. ونظراً لأن تسمية المحاكم ونظام العمل فى كل من الفرعين تختلف عنها فى الفرع الآخر، فإن من اللازم استعراض محاكم كل فرع على حدة.

## المطلب الأول

## القضاء المدنـــى

٨٥- ١- المحكمة الجزئية: وتنشأ فى عاصمة كل مركز أو قسم وتنعقد برئاسة قاضى فرد. وتختص بالفصل فى الدعاوى التى لا تزيد قيمتها عن ١٠٠٠٠ جنيهاً، وببعض القضايا الأخرى قليل الأهمية التى أسندها اليها المشرع كدعاوى القسمة ومنازعات الرى والصرف وتطهير الترع والمساقى والمصارف، ودعاوى تعيين الحدود وتقدير المسافات إذا لم تكن الملكية أو الحق محل نزاع، والدعاوى المتعلقة بالمطالبة بالأجور والمرتبات وتحديدها. ويكون حكم هذه المحكمة انتهائياً أى لا يقبل الاستئناف إذا كانت قيمة الدعوى لا تزيد عن ٢٠٠٠ جنيه (م ٤٢ و٤٣ مرافعات).

٢ - المحكمة الابتدائية (أو الكلية): وتشكل من ثلاثة قضاة، وهى المحكمة ذات الاختصاص العام، إذ تختص بكافة المنازعات التى تزيد قيمتها عن ١٠٠٠٠ جنيه وبكل ما لم يسنده المشرع لاختصاص المحكمة الجزئية.

وتعتبر أحكام هذه المحكمة انتهائية إذا لم تتجاوز قيمة الدعوى

المنظورة أمامها ١٠٠٠٠ جنيه (م ٤٧ مرافعات).

كما تختص بالحكم فى الطلبات الوقتية أو المستعجلة وسائر الطلبات العارضة وكذلك الطلبات المرتبطة بالطلب الأصلى مهما تكن قيمتها أو نوعها. كما أن للمحكمة اختصاصاً شاملاً فى مسائل الافلاس والصلح الواقى وما قد ينص عليه القانون صراحة، ومن ناحية أخرى تعتبر المحكمة الابتدائية محكمة استئنافية بالنسبة لأحكام المحكمة الجزئية (م ٤٧ مرافعات).

٣ - **محكمة الاستئناف.** وتشكل من ثلاثة من المستشارين.

وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة عن أحكام المحاكم الابتدائية والصادرة ابتدائيا (م ٤٨ مرافعات).

## *المطلب الثانى*

## *القضاء الجنائـى*

**١ - محكمة الجنح:**

٨٦- وهى احدى دوائر المحكمة الجزئية وتختص بالنظر فى المخالفات والجنح. ومقتضى القول بأنها أحدى دوائر المحكمة الجزئية أنها تشكل من قاض فرد، وانها توجد فى دائرة كل مركز أو قسم[١].

---

(١) مع ملاحظة أن محاكمة الأحداث تخضع لأحكام مستقلة تضمنتها القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤. وتختص محكمة الأحداث دون غيرها بالفصل فى الجنايات والجنح والمخالفات التى يتهم فيها حدث (لم يبلغ سن الثامنة عشرة كاملة وقت ارتكاب الجريمة، المادة الأولى من القانون ٣١ لسنة ١٩٧٤). والعبرة بالسن وقت ارتكاب الفعل وليس وقت تقديم الحدث للمحاكمة. ولا تجوز محاكمة الحدث فى جلسة علنية.

٢ - محكمة الجنح المستأنفه:

وتشكل من ثلاثة من قضاة المحكمة الابتدائية. وتختص بالنظر فى الطعون المرفوعة اليها عن أحكام المحاكم الجزئية التابعة لها (أى محاكم الجنح).

٣ - محكمة الجنايات:

وتشكل فى العواصم التى بها محاكم الاستئناف كدائرة من دوائرها وتتألف من ثلاثة مستشارين، وتختص محكمة الجنايات بالنظر فى الجنايات وفى الجنح[1] التى ينص القانون صراحة على اختصاصه بالفصل فيها. وأحكام محكمة الجنايات لا تقبل الاستئناف أمام جهة أعلى، وإنما يجوز الطعن فيها بالنقض فيها.

**المبحث الثانى**

**طبقات وتشكيل واختصاص مجلس الدولة**

**(محاكم القضا الادارى)**

٨٧- حدد قانون مجلس الدولة رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تشكيل واختصاصات أقسام مجلس الدولة المختلفة.

من حيث التشكيل يتألف مجلس الدولة: القسم القضائى:

(١) ومن الجنح التى تختص بالنظر فيها محكمة الجنايات الجنح التى تقع بواسطة الصحف أو غيرها من طرق النشر (م ٢١٦ من قانون الإجراءات الجنائية).

**أ - المحكمة الادارية العليـا.**

**ب - محكمة القضاء الادارى.**

**جـ - المحاكم الاداريـــــة.**

**د - المحاكم التأديبيـــــة:**

(وتتكون من المحاكم التأديبية للعاملين من مستوى الادارة العليا ومن يعادلهم - والمحاكم التأديبية للعاملين من المستويات الأول والثانى والثالث ومن يعادلهم).

**هـ - هيئة مفوضى الدولـــة.**

- وقد حدد قانون مجلس الدولة اختصاصات المجلس دون غيره بالبت فى أربعة عشر مسألة. وتدور هذه المسائل حول الطعون الانتخابية والمنازعات المتعلقة بشئون الموظفين. وطلبات الغاء القرارات الإدارية والتعويض عنها، ومنازعات الجنسية، ومسائل التأديب وطعونه، والطعون فى القرارات النهائية الصادرة عن جهات إدارية ذات اختصاص قضائى، والطعون فى القرارات الإدارية النهائية الصادرة فى منازعات الضرائب والرسوم وفقا للقانون الذى ينظم كيفية نظر هذه المنازعات أمام مجلس الدولة. واعتبر فى حكم القرارات الإدارية رفض السلطات الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه وفقاً للقوانين واللوائح (م.١٠ من قانون مجلس الدولة) كما نصت المادة ١١ على عدم اختصاص المجلس بالنظر فى الطلبات المتعلقة بأعمال السيادة. ونصت المادة ١٢ على عدم قبول الطعن فى القرارات الادارية النهائية فى

بعض الحالات (الواردة فى البند ٣ و٤ و٩ من الماة العاشرة) قبل التظلم منها إلى الهيئة الادارية التى أصدرت القرار أو الهيئات الرئاسية وانتظار المواعيد المقررة للبت فى هذا التظلم. ثم جاءت المادة ١٣ لتبين اختصاصات محكمة القضاء الإدارى، والمادة ١٤ لتبين اختصاصات المحاكم الادارية والمواد من ١٥ حتى ٢٢ لتبين اختصاصات المحاكم التأديبية. وأخيراً حددت المادة ٢٣ اختصاص المحكمة الإدارية العليا وهو الطعن فى الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الادارى أو من المحاكم التأديبية فى الأحوال الآتية:

- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة القانون أو خطأ فى تطبيقه أو تأويله - إذا وقع بطلان فى الحكم أو بطلان فى الإجراءات أثر فى الحكم - إذا صدر الحكم على خلاف حكم سابق حاز قوة الشئ المحكوم فيه سواء دفع بهذا الدفع أو لم يدفع.

- وإلى جانب القسم القضائى السالف ذكره يوجد قسم **للفتوى** وقسم **للتشريع**.

أما قسم **الفتوى** فيختص بإبداء الرأى فى المسائل التى يطلب الرأى فيها من رئاسة الجمهورية، رئاسة مجلس الوزراء، الوزارات، الهيئات العامة. ويكون لكل منها إدارة يرأسها مستشار أو مستشار مساعد ويعين عدد الإدارات وتحدد دوائر اختصاصها بقرار من الجمعية العمومية للمجلس.

وإدارات الفتوى تختص أيضاً بالاضافة الى ابداء الرأى بفحص التظلمات الإدارية. كما حظرت المادة ٥٨ من قانون مجلس الدولة على أية وزارة أو هيئة عامة أو مصلحة من مصالح الدولة أن تبرم أى عقد أو صلح أو تحكيم أو تنفيذ قرار محكمين فى مادة تزيد قيمتها على خمس آلاف جنيه بغير استفتاء الإدارة المختصة».

- أما **قسم التشريع** فإنه يختص بالنظر فى أى مشروع قانون، أو قرار جمهورى له صفة تشريعية، أو لائحة، لمراجعة صياغته قبل اصداره (م٦٣ من قانون مجلس الدولة). كما يقوم قسم التشريع بمراجعة صياغة التشريعات التى يرى رئيس مجلس الوزراء أو أحد الوزراء أو رئيس مجلس الدولة نظرها على وجه الاستعجال، وذلك عن طريق لجنة تشكل من رئيس قسم التشريع، أو من يقوم مقامه، وأحد مستشارى القسم يندبه رئيس القسم ورئيس ادارة الفتوى المختصة (م٦٤ من قانون مجلس الدولة).

- وأخيراً نظمت المادة ٦٥ وما بعدها من قانون مجلس الدولة على تشكيل ما يسمى **بالجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع** وحدد اختصاصاتها. وتشكل من نائب لرئيس المجلس رئيساً وعضوية نواب الرئيس بقسمى الفتوى والتشريع ومستشارى قسم التشريع ورؤساء إدارات الفتوى.

## المبحث الثالث
## انشاء المحكمة الدستورية العليا
## بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩

٨٨- سبق أن أشرنا إلى ما وصل إليه التطور القانونى فى مصر فى شأن فحص دستورية القوانين، وأن المشرع المصرى تبنى فى نهاية المطاف انشاء محكمة دستورية، حيث أنشأ المحكمة العليا بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩. ثم ألغيت هذه المحكمة لتحل محلها المحكمة الدستورية العليا المنشأة بالقانون ٤٨ لسنة ١٩٧٩. ونعرض فيما يلى لاختصاصاتها.

**المحكمة الدستورية العليا:**

٨٩- تم انشاء المحكمة الدستورية العليا بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وإعمالاً لنص الدستور (م ١٧٤) وقد أسند هذا القانون لهذه المحكمة عدة اختصاصات هى:

**١ - النظرفى دستورية القوانين واللوائح:**

أورد قانون انشاء المحكمة الدستورية العليا ثلاث حالات على سبيل الحصر تثار فيها مسألة دستورية القوانين واللوائح:

**الحالة الأولى:** حالة الدفع بعدم الدستورية أمام إحدى المحاكم. وتفترض هذه الحالة أن هناك دعوى قائمة أمام إحدى المحاكم أو الهيئات

ذات الاختصاص القضائى، ويدفع أحد الخصوم بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة يكون مطروحاً تطبيقه أمام الدعوى المتداولة. وتنظر الجهة التى قدم اليها الدفع فى مدى جديته، فإذا قدرت أنه دفع غير جاد، أى لا يستند الى سند صحيح فى تقديرها، رفضت الدفع واستمرت فى نظر الدعوى. أما إذا رأت جديته فإنها تؤجل الفصل فى الدعوى وتحدد لصاحب الدفع أجلاً لا يتجاوز ثلاثة شهور لرفع دعواه بعدم الدستورية أمام المحكمة الدستورية العليا. فإن فعل أوقفت الدعوى إلى حين الفصل فى الدستورية، وإن تقاعس صاحب الشأن عن رفع دعوى عدم الدستورية فى الأجل المضروب اعتبر الدفع كأن لم يكن وتستمر المحكمة فى الفصل فى الدعوى ملتفتة عن الدفع بعدم الدستورية.

- **أما الحالة الثانية:** فهى حالة الاحالة ابتداء من جهة قضائية، وفى هذه الحالة أجاز المشروع للمحكمة أو الجهة ذات الاختصاص القضائى أن توقف الدعوى المنظورة أمامها وتحيل أمر نص القانون التى ترى عدم دستوريته الى المحكمة الدستورية العليا لتقرر فى شأنه ما تراه.

**الحالة الثالثة:** وفيها تتصدى المحكمة الدستورية العليا ذاتها لنص فى قانون أو لائحة بمناسبة ممارستها لاختصاصها، فيما يتصل بنزاع معروض عليها، لمسألة الدستورية وتقضى فيها. ولا يجوز للمحكمة هذا التصدى إذا كان النص لا يتصل بالنزاع المعروض عليها.

**٢ - النظر في تفسير القوانين:**

وقد حدد المشرع في هذه الحالة طريقاً محدداً لقيام المحكمة الدستورية العليا بالتفسير. فقد حدد أولاً: الأداة، وهي طلب يقدمه وزير العدل بناء على طلب من رئيس مجلس الوزراء أو رئيس مجلس الشعب أو المجلس الأعلى للهيئات القضائية.

فهذا الطريق وحده هو الذي ينعقد به الاختصاص التفسيري للمحكمة الدستورية. وبالتالي فلا يجوز رفع دعوى بالتفسير، كما لا يجوز للمحكمة أن تتصدى له من تلقاء نفسها.

ثم حدد المشرع **ثانياً** أن هذا التفسير **مقصور على القوانين أو القرارات بقانون**، فهو لا يمتد بالتالي إلى تفسير النصوص الدستورية كما لا يمتد إلى تفسير اللوائح.

وأخيراً فإن طلب التفسير لابد أن يتضمن مبرراته وهي تتمثل فيما آثاره النص من خلافات في التطبيق، ومدى أهمية تحقيق الوحدة في التفسير (م٣٣/٢من القانون).

ويترتب على صدور التفسير المشار إليه من المحكمة الدستورية العليا ما يترتب على التفسير التشريعي من آثار وأحكام.

ويلاحظ أن أحكام المحكمة الدستورية العليا، في حالتي رقابة الدستورية والتفسير، تلزم جميع سلطات الدولة وكذلك كافة الأشخاص،

ويتعين نشرها فى الجريدة الرسمية خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ صدورها (م ١/٤٩ من القانون) . وبالتالى فإن المحكمة حين تقضى بعدم الدستورية فإنه يمتنع على الكافة تطبيق النص غير الدستورى اعتبارا من اليوم التالى لنشر الحكم بعدم الدستورية، دون مساس بما استقر نهائياً من أوضاع ومراكز قانونية قبل هذا التاريخ «أى دون أثر رجعى» . غير أن المحكمة الدستورية العليا اتجهت فى كثير من أحكامها إلى أن الحكم بعدم الدستورية يؤدى إلى ابطال القانون بأثر رجعى وينفى وجوده منذ ميلاده[1] . ولكن إذا كان النص المحكوم بعدم دستوريته نصاً جنائياً فإن أحكام الادانه التى تكون قد صدرت استناداً إليه تعتبر كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة مفوضى المحكمة بابلاغ النائب العام بذلك فور النطق بالحكم لاتخاذ اللازم (وذلك بصريح نص المادة ٣/٤٩ من القانون) . أما بالنسبة لأحكام التفسير فإنها تطبق بأثر رجعى دائماً باعتبار أن التفسير لا يضيف جديداً إنما يحدد فقط المعنى الصحيح، الدقيق للنص.

- وإزاء ما اتجهت إليه أحكام المحكمة الدستورية من اتجاه واضح فى رجعية أثر الحكم بعدم الدستورية، فقد تدخل المشرع بالقرار بقانون رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ بتعديل الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ فى فقرتها

(١) مثلا حكم ١٢ ديسمبر الجريدة الرسمية عدد ٤٩ فى ١٩٩٦/١٢/١٢ ص٢٨١٥ .

الثالثة من قانون المحكمة الدستورية العليا (رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩) على النحو التالى: سويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ما لم يحدد الحكم لذلك تاريخا آخر أسبق. على أن الحكم بعدم دستورية نص ضريبى لا يكون له فى جميع الأحوال إلا أثر مباشر، وذلك دون اخلال باستفادة المدعى من الحكم الصادر بعدم الدستورية» (الجريدة الرسمية العدد ٢٨ (مكرر) فى ١٩٩٨/٧/١١.

**٣ - الاختصاصات الأخرى للمحكمة الدستورية العليا:**

٩٠- أضاف المشرع لاختصاص المحكمة اختصاصين آخرين هما الاختصاص بالفصل فى التنازع فى الاختصاص القضائى والذى ينشأ بين جهات القضاء المختلفة، سواء اتخذ التنازع صورة ايجابية (ادعاء كل جهة أنها تختص بالنزاع) أو اتخذ صورة سلبية (تخلى كل جهة عن النظر فى النزاع بحجة عدم الاختصاص). وفى حالة التنازع الايجابى قد يصدر حكمان متناقضان كل منهما نهائى. وبالتالى فإن اختصاص المحكمة الدستورية يفض هذا التنازع.

وأحكام المحكمة الدستورية العليا فى غير الدستورية والتفسير لا تنشر فى الجريدة الرسمية، ولا تلزم إلا أطراف الخصومة.



## الفصل الثانى

## تفسير القاعدة القانونية

### ٩١ - المقصود بالتفسير ومجاله:

وجدت القاعدة القانونية لتحكم وقائع وروابط معينة. وحين تحدث الواقعة أو تنشأ الرابطة يثور التساؤل لمعرفة القاعدة القانونية التى تحكمها، ثم معرفة الآثار القانونية التى ترتبها هذه القاعدة القانونية وفقاً لظروف وملابسات كل حالة على حدة.

وتحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق ومعناها وما ترتبه هذه القاعدة من آثار هو بذاته مشكلة التفسير. فالمقصود بالتفسير الكشف عن القاعدة القانونية وتحديد مضمونها بحيث يتحدد ما تضعه من شروط لانطباقها، ومدى استجابة الفرض المعروض (واقعة كانت أو رابطة) أمام القاضى أو الشارح لهذه الشروط.

وتبدأ مشكلة التفسير بمواجهة فرض معين، كالسرقة، أو القتل، أو الخطأ الذى أحدث ضرراً بالغير، فيبدأ الشارح بالبحث عن القاعدة القانونية الممكن تطبيقها على الفرض المذكور. ثم يجرى تحليلاً لعناصر هذا الفرض الواقعى ويقارنها بعناصر وشروط الفرض كما حددته القاعدة القانونية، وذلك لبيان التطابق أو التفاوت بينهما.

ويكون التفسير أمراً ميسوراً إلى حد ما إذا وجدت قاعدة قانونية

واضحة يمكن تطبيقها على الفرض الواقعى المعروض. غير أن الحال ليست كذلك ائماً. فأحياناً تكون القاعة القانونية غامضة سواء من حيث صياغتها أو من حيث تعارضها مع قاعدة أخرى مماثلة. وتارة يشوب القاعدة نقص بحيث لا تغطى الفرض المعروض بما يحقق الوصول إلى حكم كامل للحالة محل البحث. وأخيراً لا تواجهه القواعد القانونية القائمة جميع الفروض المتوقعة فى الحياة العملية.

فى مثل هذه الحالات تصبح مهمة الشارح شاقة وتحتاج إلى الاستعانة ببعض الوسائل الفنية.

ويرد التفسير عادة بمناسبة لقواعد التشريعية، أى القواعد المكتوبة الصادرة عن سلطات الدولة المختصة. ذلك أن التشريع يعد - كما سبق أن أشرنا - المصدر الأول والغالب للقواعد القانونية. غير أن هذه الملاحظة لا تعنى أن مشكلة التفسير لا ترد بتاتاً بالنسبة للقواعد القانونية الأخرى، فقواعد العرف قد تكون غامضة وقد تكون ناقصة. وفى كلتا الحالتين تبدو أهمية التفسير بالنسبة لها. ولذلك فإن الملاحظة السابقة لا تعكس سوى الوضع الغالب من الناحية العملية. فغموض العرف، وإن كان متصوراً نظرياً، إلا أنه نادر من الناحية العملية. لأن العرف سلوك يتحدد فى واقع التصرف العملى ويتكرر أداؤه خلال أنشطة الأفراد. لذلك تعذر تصور غموضه أو صعوبة تحديد مضمونه. أما قواعد الدين، بوصفها مصدراً للقاعدة القانونية، فإن تفسيرها يستند

الى أصول ومدارس خاصة بها، فعلينا أن نلجأ اليها مباشرة إذا ثار إشكال فى تطبيقها. بيد أن ذلك لا يمنع من الالتجاء الى أساليب التفسير الأخرى إن قصرت مصادر التفسير الدينية عن اجلاء أمر غامض أو تغطية فرض لم يسبق التعرض لتفسيره.

ونعرض فيما يلى للتفسير فى مباحث ثلاث: الأول من أنواع التفسير، والثانى من مدارس التفسير، والثالث عن قواعد التفسير.

## المبحث الأول

## أنواع التفسير

٩٢ - ينقسم التفسير بالنظر الى مصدره إلى ثلاثة أنواع: التفسير التشريعى، والتفسير القضائى، والتفسير الفقهى. والغالب أن يصدر التفسير عن القاضى بمناسبة ما يعرض عليه من أقضية، لذلك يعتبر التفسير القضائى أكثر صور التفسير أهمية من الناحية العملية. ويرتبط به ويكمله التفسير الفقهى الذى يصدر عن المشتغلين بالدراسات القانونية، لذلك سنجمع بين التفسير القضائى والفقهى فى الفرع الأول ثم نعرض فى الفرع الثانى للتفسير التشريعى.

## المطلب الأول

## *التفسير القضائي والتفسير الفقهي*

### التفسير القضائي:

٩٣- سبق أن أشرنا إلى أن تطبيق القاعدة القانونية قد يكون مثار خلاف بين الأفراد، وأن النظام القانوني لا يسمح للفرد باقتضاء حقه بوسائله الخاصة بل يلزمه بالالتجاء الى سلطات الدولة وأهم هذه السلطات في مقام دراستنا، السلطة القضائية.

وحين يعرض النزاع على القاضي فإن عليه أن يقوم بتفسير القاعدة القانونية، على ضوء عناصر الفرض المعروض أمامه، لينتهي إلى اصدار حكم القانون فيه. وقد يصطدم القاضي في أدائه لمهمته بنقص القواعد القانونية أو غموضها أو تعارضها، وفي هذه الأحوال عليه أن يقوم بالتفسير وفقاً للأصول والمبادئ التي سنعرض لها فيما بعد.

ويهمنا الآن أن نحدد السمات الرئيسية للتفسير القضائي، ولا شك أن أهمها اثنتين:

**الأولى طابعه العملي:** فأمام القاضي يعرض فرض واقعي: شخص أخطأ فترتب على هذا خطأ إضرار بالغير، فهل تنطبق على هذا الفرض قاعدة المسئولية المدنية الواردة في المواد ١٦٣ وما بعدها من القانون المدني أم لا؟ استولى شخص على مال الغير فهل يكون هذا

الاستيلاء عنصر الاختلاس فى جريمة السرقة وفقاً للمادة ٣١١ من قانون العقوبات أم لا؟ ففى مثل هذه الفروض يضع القاضى جهده خلال معطيات الواقع ليصل فيها الى حكم القانون، وهو يراعى بغير شك كل العناصر العملية المؤثرة فى قيام المسئولية أو رسم حدودها، موفقاً بقدر الامكان بين الاعتبارات النظرية المستمدة من نصوص القانون والاعتبارات العملية التى تفرضها ظروف نشأة العلاقة القانونية المعروضة.

**أما السمة الثانية:** فهى أن القاضى لا يتطوع بالفصل فى مشكلة قانونية من تلقاء نفسه، بل يقتصر عمله على النظر فيما يرفع اليه من منازعات سواء من جانب السلطات والهيئات العامة أو من جانب الأفراد. فهو أصلاً حكم لفض المنازعات حين توجد العلاقة القانونية بين ادعائين متناقضين أو أكثر. بل إن القاضى لا يفصل فيما يرفع إليه من قضايا إلا إذا كانت تتضمن خلافاً له طابع عملى، بمعنى أنه لا يختص بالبت فى الخلافات النظرية البحتة، لذلك يقال أن القضاء ليس دار للافتاء.

**ثانياً - التفسير الفقهى:**

٩٤- يعبر التفسير الفقهى عن الجهد الذى يبذله المشتغلون بالعلوم القانونية فى تفسير نصوص القانون وأحكام القضاء والتعليق عليها وانتقادها. ويتكون من حصيلة هذا الجهد مجموعة من الاتجاهات

والآراء تكون خير معين للمشرع فى تعديل القوانين أو تطويرها، وخير معين للقاضى فى تأكيد آرائه أو مراجعتها.

ويتميز الفقه عن القضاء فى أن تفسيره يغلب عليه الطابع النظرى فى بعض الأحيان. وذلك حين يبدأ الفقيه مهمته من فروض نظرية لا تستند إلى معطيات واقعية كافية. وقد يؤدى هذا المظهر الى تفاوت فى الرأى بين الفقيه والقاضى، حيث يؤدى إلى اختلاف فى النتائج التى يتوصل إليها كل منهما.

وقد ظهر هذا التفاوت واضحاً فى مطلع القرن الماضى حيث سادت الفقه مدارس تقديس النصوص القانونية (أنظر فيما بعد مدرسة الشرح على المتون). بيد أن هذا التفاوت لم يكن بحال فى صالح الفقه. ذلك أن سلطة التنفيد كانت ولا تزال فى جانب حكم القاضى لا رأى الفقيه. فتعبير الفقيه عن رأيه لا يعدو أن يكون افصاحاً عن وجهة نظر قد يستجاب لها وقد لا تجد لها صدى. أما حين يفسر القاضى فإنه يتبع ذلك بإعمال رأيه فى القضية المعروضة فيصبح هذا الرأى جزءاً من حقيقة يشملها النفاذ بالقوة الجبرية عند الاقتضاء.

ولقد أدرك الفقه الحديث هذه الحقيقة حيث «لاجدوى من صياغة أفكار لا تحتويها نصوص القانون ولا يستجيب لها القضاء». فاتجه إلى التعاون البناء مع القضاء، بحيث يكون رائدة أن يساهم فى تطوير القانون وألا يشجب أحكام القضاء بطريقة متسرعة مع احتفاظه بحقه وقدرته على النقد السليم.

## المطلب الثانى

## التفسير التشريعى

**معنى التفسير التشريعى وصوره:**

٩٥- قد يحدث أن قانوناً سبق صدوره شابه غموض، أو أن القضاء قد نهج فى تفسيره منهجاً يخالف قصد المشرع فيتدخل لمجرد تحديد المعنى المقصود بهذا القانون. ويسمى التشريع الصادر لهذه المهمة بالتشريع التفسيرى. غير أن تدخل المشرع على هذا النحو يعد أمراً نادراً من الناحية العملية، لأن التفسير، على ما سبق القول، يعتبر أساساً من وظيفة القضاء. ويقدم لنا النظام المصرى بعض الأمثلة المحدودة لهذا النوع من التفسير: ففى ٣٠ أغسطس ١٩١٤ صدر قانون يفرض السعر الالزامى لأوراق البنكنوت ويقضى ببطلان شرط الدفع بالذهب، وقد جرى قضاء المحاكم المختلطة على تفسير هذ القانون بما يؤدى الى انصرافه الى المعاملات الداخلية دون المعاملات الخارجية. وحين أدرك المشرع أن هذا التفسير الضيق يخالف مقصده سارع فى سنة ١٩٣٥ (المرسوم بقانون رقم ٤٥ لسنة ١٩٣٥) باصدار تشريع تفسيرى ليوضح به أن شرط الدفع بالذهب باطل سواء فى المعاملات الداخلية أو المعاملات الخارجية.

وقد لا يتولى المشرع مباشرة مهمة التفسير التشريعى بل ينيب عنه غيره فى ذلك. ويقدم لنا القانون المصرى مثالين لهذه الصورة:

**الأول:** ما نص عليه قانون الاصلاح الزراعى رقم ٢٦٤ لسنة ١٩٥٢ بتفويض اللجنة العليا للاصلاح الزراعى سلطة تفسير أحكام هذا القانون واعتبار قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً.

**الثانى:** ما نص عليه القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بأنشاء المحكمة الدستورية العليا من اختصاص هذه المحكمة بتفسير القانون تفسيراً ملزماً حين تستدعى ذلك طبيعة القانون أو أهميته. وقد استهدف المشرع من هذا النظام تلافى اصدار تفسيرات تشريعية أو انشاء لجان لهذا الغرض، وتتولى المحكمة الدستورية العليا هذه المهمة حين يطلب منها وزير العدل ذلك، على النحو السابق عرضه.

**خصائص التفسير التشريعى:**

٩٦- الأصل أن التفسير التشريعى لا يضيف جديداً إلى النص القديم حيث يقتصر على بيان المقصود بهذا النص، وبالتالى يعتبر التفسير جزءاً لا ينفصل عن القانون المفسر ويطبق فى ذات المجال الزمنى لهذا القانون، أى أن التفسير يسرى من تاريخ سريانه دون أن يعترض على ذلك بأن التفسير قد طبق بأثر رجعى.

غير أن المشرع قد لا يقتصر فيما يصدره من تفسير على مجرد إيضاح حكم القاعدة الغامضة، بل يتجاوز ذلك إلى اجراء تعديلات واضافات جديدة. ويكون قصد المشرع فى هذا أن يتستر خلف التفسير ليطبق قاعدة جديدة بأثر رجعى. ولا محل للاعتراض على مسلك المشرع

فى هذا الشـأن لأن من سلطتـه، على مـا سنرى، أن ينص صـراحـة على سريان القاعدة القانونية الجديدة على الماضى، على أن يلتزم بالضـوابط الدسـتـورية. ولكن هذه القدرة تقـتـصـر على المشـرع وحده ولا يجـوز أن يمارسها غيره ممن يفوض فى اصدار تفسيرات تشريعية.

## المبحث الثانى

## المدارس المختلفة فى التفسير

٩٧ - يحتاج الشارح فى قيامه بمهمته إلى الالتزام بمبدأ معين يقدم له نقطة البدء، ويحدد له الفلسفة العامة التى يجب عليه أن يلتزم بها فى بحثـه عن مضـمـون القـاعـدة القـانونيـة. وقـد قـيلت فى هذا الصـدد نظريات متعددة منها المدرسة التقليدية التى تسمى بمدرسة الشرح على المتون، ومنها المدارس الحديثة التى ذهبت فى أكثر من اتجاه. وسنعرض فيما يلى لهذه الاتجاهات بإيجاز.

## المطلب الأول

### المدرسة التقليدية (مدرسة الشرح على المتون)[1].

٩٨- تقوم هذه المدرسة على تقديس النصوص التشريعية، غير أن هذا التقديس لا ينتهى بالضرورة إلى التمسك بالتفسير الحرفى والمتزمت للنص القانونى، ذلك أن هذه المدرسة تبحث بصفة أساسية عن إرادة المشرع ونيته. فالقاعدة القانونية ماهى إلا تعبير عن هذه الإرادة، لذلك وجب أن يتجه جهد الشارح الى البحث عن النية الحقيقة لصاحبها «أنا لا أعرف القانونى المدنى، وإنما أشرح مجموعة نابليون»: هكذا أعلن أحد رواد هذه المدرسة.

ويجرى البحث عن هذه النية من خلال كل ما يمكن أن يدل عليها، كالمناقشات التى سبقت صدور القانون والتقارير التى كتبت عنه والأعمال التحضيرية.... الخ فإن تعذر الاهتداء إلى شئ من ذلك كان علينا أن نبحث فى الظروف التى عاصرت نشأة القاعدة القانونية لكى نحدد بقدر الامكان الهدف الذى توخاه المشرع. وأخيراً يمكن تحليل النتائج المختلفة للتفسيرات المحتملة وذلك لترجيح أكثرها اتساقاً مع المنطق والمعقولية.

---

(١) أخذت هذه المدرسة هذا الأسم لأن فقهائها يشرحون نصوص التشريع متنا متناً دون محاولة تحريف النص أو استنباط المعنى خارج ألفاظه وعباراته. فالفرض عند هذه النظرية - أن المشرع أحسن اختيار اللفظ فى موضعه الصحيح.
- وراجع حسن كيره رقم ٢١٣ وما بعدها.

كما تذهب هذه المدرسة الى حصر وتركيز مصدر القاعدة القانونية فى يد السلطة التشريعية، فعلى القاضى والفقيه أن يحصرا جهودهما فى البحث عن الحلول داخل نصوص القانون الوضعى دون سواه. بل لقد ذهب البعض إلى حد القول بأن على القاضى أن يرفض الدعوى إذا لم يجد نصاً فى القانون يمكن الحكم بمقتضاه.

وقد عيب على هذه النظرية استنادها فى التفسير إلى عنصر نفسى هو نية المشرع. الأمر الذى يصعب التحقق منه، كما عيب عليها أنها تؤدى إلى جمود النصوص القانونية وتخلفها عن متابعة ما يجد فى المجتمع من تطورات متلاحقة.

## المطلب الثانى

## المدرسة الحديثـة

### ١ - مدرسة الغرض الاجتماعى: le but sociale

٩٩- وتذهب الى أن تفسير القاعدة القانونية يجب أن يستند الى عنصرين أحدهما ثابت والآخر متغير. **الأول** هو النص الذى صيغت فى اطاره القاعدة القانونية. **والثانى** هو الغرض الاجتماعى الذى تستهدفه هذه القاعدة. ووفقاً لهذه المدرسة ينفصل النص عن ارادة واضعه وبالتالى فلا يجوز البحث عن نية هذا الأخير وقت وضع التشريع، بل يجب تفسير النص على أساس العنصر الثابت فيه وهو صياغته التى تضع لنا حدوداً

لمنطق النص لا يجوز تجاوزها، وعلى ضوء العنصر المتغير، وهو الهدف الاجتماعى، يمكن تفسير النص على ضوء الظروف الاجتماعية المتغيرة.

**٢ - المدرسة التاريخية:**

١٠٠- وتذهب الى وجوب تطوير النص بتفسيره على ضوء التطورات والتغيرات الاجتماعية الحديثة. فالمفسر لا يبحث عن نية المشرع لحظة وضع النص، بل عن نيته المحتملة لو أنه وجد فى الظروف التى نعيشها لحظة الحاجة إلى التفسير، وبالتالى فإن ذات النص يمكن أن يفسر بطرق متعددة فى الأزمان المختلفة لتطبيقه، بل يمكن أن يفسر بمعنى يغاير مفهوم صياغته اللفظية.

**٣ - مدرسة البحث العلمى:L'ècole de libre rcherche scientifique**

١٠١- وتبدأ هذه المدرسة بتقرير أن القانون قبل أن يكون شكلاً يعبر عن إرادة الدولة، إنما هو حصيلة لمجموعة من الحقائق والمعطيات التاريخية والمصلحية والعقلية، وأن تفسير النص يجب أن ينصب أولاً على الإرادة الحقيقية للمشرع، فإن تعذر الاهتداء إليها وجب أن نلجأ إلى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية خاصة العرف. فإن قصرت هذه المصادر عن تقديم حكم معين وجب على المفسر أن يتصرف أمام هذا النص كما لو كان المشرع أسند إليه مهمة خلق القاعدة القانونية. وفى هذه الحالة يجب عليه أن يلتزم - كالمشرع - بالحقائق والمعطيات العلمية السالفة الذكر.

## المبحث الثالث

## قواعـــد التفسيـــر

١٠٢ - يقصد بقواعد التفسير الوسائل العلمية التى يستخدمها المفسر لاستخلاص حكم القاعدة القانونية. وتختلف وسائل التفسير تلك باختلاف ما إذا كان الفرض الذى يواجهه المفسر يحكمه نص تشريعى قائم أو أن نصاً لم يرد فى شأنه.

وسنعرض فيما يلى لكل من هذين الفرضين على أن نختتم ببعض المبادئ العامة التى تحد من سلطة القائم بالتفسير.

### المطلب الأول

### حالة وجود نـــص

ونفرق هنا أيضاً بين ما إذا كان النص الموجود سليماً أم معيباً:

**أولاً - حالة النص السليم:**

١٠٣- يقصد بالنص السليم النص الواضح الذى صيغ بأسلوب يفيد مضـمونه بمجرد الرجوع الى ألفاظه. وفى مثل هذه الحالة يتعين على القاضى أن يستخلص المعنى الواضح وأن يطبقه على الفرض المعروض، ولا يجوز له أن يعدل فيه أو يعدل عنه بحجة منافاته للعدالة أو لغير ذلك من أسباب. فوضوح النص وسلامته تقطع الطريق أمام الاجتهاد

الشخصى، وتلزم بالأخذ بالإرادة الواضحة للمشرع. وإذا وجد للفظ معنيان أحدهما اصطلاحى والآخر لغوى، وجب الأخذ بالمعنى الأول. فكلمة الزنا مثلاً يقصد بها فى الاصطلاح القانونى معنى أضيق من معناها اللغوى. ففى اللغة يطلق الوصف على مباشرة العلاقة الجنسية غير المشروعة بين الرجل والمرأة. أما فى القانون فلا يثبت وصف الزنا إلا إذا كان أحد الطرفين متزوجاً. ولا يجوز أن نفهم من الزام القاضى المعنى الواضح للنص اقتصاره على المعنى اللفظى للصياغة (التفسيرالضيق)، بل إنه يستطيع أن يتجاوز ذلك إلى ما تفيده اشارة النص، أى إلى المعنى اللازم للمعنى المستفاد من عبارة النص. وإذا تعارض المعنى المستفاد من عبارة النص مع المعنى المستفاد من اشارته وجب تغليب الأول عل الثانى. كما يشمل التفسير ما يستخلص من مفهوم النص وفحواه بطريق المنطق والاستنتاج «تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل الى تتناولها هذه النصوص فى لفظها وفحواها» المادة الأولى من القانون المدنى المصرى. غير أن افادة الحكم بما يجاوز دلالة العبارة واشارتها يعتبر من قبيل التفسير الواسع الذى يعد محظوراً فى بعض الأحوال على ما سنرى فيما بعد.

**ثانياً - حالة النص المعيب:**

١٠٤- قد يوجد نص يحكم الفرض المعروض، ولكن هذا النص مشوب بعيب يصبح معه التفسير أكثر صعوبة ودقة. ومن العيوب المتصورة فى صياغة النص، الغموض، النقص، تعارض النص مع نصوص أخرى.

١ - **الخطأ في صياغة النص**: قد يكون الخطأ مادياً وقد يكون معنوياً. ومن أمثلة الخطأ المادي ماورد في القانون المدني القديم من تعريف الشرط بأنه أمر مستقبل أو غير محقق الوقوع. في حين أن صحة التعريف هو أن الشرط أمر مستقبل وغير محقق الوقوع. أما الخطأ المعنوي فمثاله ما كان يقرره القانون المدني من أن القسمة ناقلة للملكية، في حين أن قصد المشرع أن القسمة كاشفة لحقوق المتقاسمين.

٢ - **الغموض**: وهو ما قد يثيره النص من تردد في فهم المعنى المقصود منه. وقد يرجع السبب في ذلك الى وجود لفظ يحتمل أكثر من معنى. فكلمة الليل، التي يستخدمها قانون العقوبات كظرف مشدد للعقوبة في جريمة السرقة، لها معنيان أحدهما يعني الفترة من غروب الشمس حتى شروقها، والآخر معنى الظلام الذي يبدأ في وقت متأخر عن غروب الشمس، فهل العبرة في تشديد عقوبة السارق بالمعنى الأول أم بالمعنى الثاني؟

٣ - **النقص**: ويتحقق بإغفال النص لشرط من شروط الحكم الوارد فيه، مثال ذلك ما كانت تنص عليه الماة ٧٦ من القانون المدني القديم من الاشارة إلى شروط اكتساب الملكية بالتقادم القصير، فذكرت وضع اليد والسبب الصحيح، ولكنها أغفلت الشرط الثالث وهو حسن النية (وردت الشروط الثلاث في الماة ٩٦٩ من القانون المدني الحالي).

٤ - **التعارض**: قد يجد القائم بالتفسير أن هناك نصين يمكن ترشيحهما لحكم الفرض المعروض، ولكنه يقوم بينهما تعارض يتعذر معه

تطبيقهما فى آن واحد. فى هذه الحالة يجب على المفسر أن يرجح أحدهما على الآخر. فإذا كانت النصوص من درجات متفاوتة وجب ترجيح التشريع الأعلى على التشريع الأدنى. فإن تساوت النصوص فى الدرجة وجب ترجيح المعنى المستفاد من عبارته، ثم ترجيح معنى اشارة النص على معنى دلالة المفهوم. فإن تعذر كل ذلك كان على المفسر أن يستخدم طرق التفسير الأخرى التى سنعرض لها فى الفقرة التالية.

ومن الأمثلة على تعارض النصوص أن المواد ١٥٥و١٥٧ من القانون المدنى القديم كانت تنص على أحكام النفقات بين الأصول والفروع والأزواج، ويستفاد من ذكر هذه الأحكام، فى القانون المدنى، اختصاص المحاكم الوطنية بتطبيقها. وهو معنى مستفاد من اشارة النص. غير أن المادة ١٧ من لائحة ترتيب المحاكم الوطنية نصت صراحة على استبعاد تلك المسائل من اختصاصها. وقد انتهى التعارض بترجيح هذا المعنى الأخير المستفاد من عبارة النص على المعنى الأول المستفاد من اشارة النص.

**طرق تفسير النص المعيب:**

١٠٥- يستعين القائم بالتفسير بوسائل متعددة ليتجاوز عقبات النص المعيب، وأهم هذه الوسائل الاستعانة بالضوابط اللغوية وتقريب أجزاء النص بعضها من بعض، الالتجاء إلى الأعمال التحضيرية، الرجوع للمصدر التاريخى للنص، الرجوع للنص المحرر باللغة الفرنسية، البحث عن حكمة التشريع:

**١ - الاستعانة بالضوابط اللغوية وتقريب أجزاء النص بعضها من بعض:**

وتعتبر هذه الوسيلة الخطوة الأولى فى محاولة تفسير النص المعيب، فقد يفهم معنى النص رغم ما به من عيب من سياق الكلام، وعن طريق الربط بين أجزائه، مثال ذلك ما كانت تنص عليها المادة ٢٩٣ من القانون الجنائى والخاص بالنصب قبل تعديلها سنة ١٩٣٧ من أنه «يعاقب بالحبس (أو) بغرامة لا تتجاوز خمسون جنيهاً مصرياً أو بإحدى هاتين العقوبتين.. » فسياق النص يفيد أن لفظ (أو) الذى ورد فى بداية النص خطأ، وأن صحته واو العطف، بدليل أن المشرع أضاف بعدها «أو بإحدى هاتين العقوبتين».

**٢ - الرجوع إلى الأعمال التحضيرية:**

يقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق والمناقشات التى صاحبت إعداد القانون واصداره، ومنها محاضر مناقشات اللجان الفنية التى تولت صياغة القانون، تقارير ومحاضر مناقشات اللجان البرلمانية، والمذكرة الايضاحية التى تصاحب صدور القانون. غير أن الاعتماد على هذه الأعمال التحضيرية يجب أن يكون بتحفظ وذلك من ناحيتين:

**الأولى:** أنه لا يجوز الاستناد إلى ما ورد بالأعمال التحضيرية لنص معين إذا كان مفادها يعارض ما جاء فى نص صريح من نصوص القانون.

**الثانية:** أن الأعمال التحضيرية،خاصة المذكرة الايضاحية، قد تتضمن ما يعكس آراء شخصية لواضعيها، وقد تكون هذه الآراء أبعد ما تكون عن قصد الشارع. مثال ذلك ما ورد بالمذكرة الايضاحية للمادة الرابعة من قانون المرافعات لسنة ١٩٤٩ (م٢ القانون الحالى) من أن المشرع المصرى قد أباح الدعاوى المستندة الى المصلحة المحتملة كمبدأ عام، فى حين أن صريح نص المادة الرابعة لم يجزها إلا على سبيل الاستثناء.. ومثال آخر مستمد من المذكرة الايضاحية لقانون المجالس الحسبية الصادر سنة ١٩٢٥، والذى رفع سن الرشد من ١٨ إلى ٢١ سنة، فقد ورد فى هذه المذكرة أن الشخص الذى تجاوز الثامنة عشرة عند صدور القانون الجديد، ولم يكن قد بلغ الحادية والعشرين بعد، يظل بالغاً رغم سريان القانون الجديد. وقد كان هذا الرأى تطبيقاً معيباً لقواعد تنازع القوانين من حيث الزمان، لذلك رفضه الفقه ولم تأخذ به المحاكم.

**٣ - الرجوع إلى المصدر التاريخى للنص:**

قد تستند نصوص القانون الوطنى إلى نظام قانونى أجنبى، ويترتب على هذه الصلة نوع من التبعية بين النظامين القانونيين، من آثارها امكان الاستعانة بنصوص القانون الأجنبى لإيضاح ما غمض من نصوص القانون الوطنى. القانون المصرى يستند تاريخياً الى أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبة لبعض أحكامه ويستند إلى القانون الفرنسى بالنسبة للبعض الآخر. فإذا وجد عيب فى بعض نصوصه أمكن تفادى

مساوئه بالرجوع إلى المصدر التاريخي لمعرفة حكمه والاهتداء به في تفسير النص المعيب.

٤ - الرجوع للنص المحرر باللغة الفرنسية:

في الماضي كانت قوانينا الوطنية تصاغ أولاً باللغة الفرنسية ثم تترجم إلى اللغة العربية. وقد ترتب على ذلك أن النص الفرنسي هو الأصل، فإن تعذر فهم المعنى، من الصياغة العربية، وجب الرجوع إلى النص الفرنسي الذي كان يعتبر حجة فيما يفيده من معنى.

ورغم إنتهاء هذا الوضع، فإن بعض النصوص الحديثة قد تؤخذ عن القانون الفرنسي فإذا ثار جدل حول تفسيرها أمكن الرجوع للأصل الفرنسي. ولهذا يظل للنص الفرنسي أهمية محدودة لمجرد الاسترشاد، في ايضاح ما قد يكتنف النص العربي من غموض في بغض الحالات.

٥ - الرجوع إلى حكمة التشريع:

المقصود بحكمة التشريع هو الغرض الذي من أجله صدرت القاعدة القانونية، سواء كان هذا الغرض اجتماعياً أو اقتصادياً أو سياسياً. فمعرفة هذه الحكمة قد تساعد على تحديد المقصود بالنص رغم ما علق به من عيب. فإذا تساءلنا مثلاً عن الحكمة من اعتبار الليل ظرفاً مشدداً في جريمة السرقة لوجدنا أن المشرع قد راعى أن السرقة في الظلام تساعد اللص على اتمام جريمته، كما أنها تسبب ازعاجاً للمواطنين على نحو أكثر

خطورة منهـا فى النهـار. وعلى ضـوء هذه الحكمـة أمكن القـول بأن المقصود بالليل الفترة التى يسودها الظلام فعلاً، بغض النظر عن وقت غروب الشمس وشروقها.

بيد أن ذلك لا يعنى أن الحكم يدور مع حكمته وجوداً وعدماً وأن تشديد العقاب منوط بإزعاج الناس فعلاً، فلو أن السرقة تمت ليلاً فى مكان مقفر لا يوجد به أحد لتحقق الظرف المشدد لتوافر شرطه (وهو الليل) رغم انتفاء الحكمة (وهى ازعاج الناس) فى الظروف الموضوعية التى تمت فيها واقعة السرقة

## المطلب الثانى

## حالة عدم وجود نص

١٠٦ - يحاول المشرع، عند وضع النصوص القانونية، أن يغطى كافة الوقائع والعلاقات الممكن حدوثها فى المجتمع، ورغم ذلك فمن العسير على المشرع أن يتنبأ بكل ما قد يستجد فى المستقبل من وقائع وعلاقات متعددة. فالتطورات الاجتماعية والاقتصادية المتلاحقة تؤدى حتماً إلى ظهور روابط جديدة تجاوز توقع المشرع عند وضع القواعد القانونية. فإذا عرض أمام القاضى نزاع من هذا النوع وتيقن القاضى من أن القواعد القائمة لا تغطى الفرض المعروض، فإنه لن يستطيع رغم ذلك أن يمتنع عن الحكم بحجة قصور القانون أو نقصه، وإلا اعتبر مرتكباً

لجريمة انكار العدالة[1]. فلا سبيل أمام القاضى إذن سوى الحكم فيما يعرض عليه من قضايا. ولكنه من ناحية أخرى لا يستطيع خلق قاعدة جديدة، فمهمة القاضى هى تطبيق القانون لا خلقه. وبين هذين الحدين يجد القاضى فى التفسير وسيلة لا ستخلاص الحلول الجديدة من القواعد القائمة. . وأهم صور هذا التفسير ما يسمى بالقياس، ويعنى اعطاء حكم ورد فى شأنه نص لفرض آخر لم يرد فى شأنه نص، وذلك لاتحاد العلة فى الحالتين. ويعتبر القياس بهذا المعنى وسيلة لاستخلاص الحكم من النص القائم بطريق التفسير الواسع. ويجدر بالملاحظة أن القاضى لا يلجأ الى المصادر الأخرى للقاعدة القانونية (العرف - الشريعة الاسلامية - القانون الطبيعى وقواعد العدالة) إلا إذا استنفذ سبيل الوصول الى الحكم من المصدر الأول (التشريع) بكل وسائل التفسير بما فيها القياس.

**تعريف القياس وبيان شروطه:**

١٠٧- يتضح مما سبق أن القياس وسيلة لاستظهار حكم فى مسألة سكت عنها القانون، قياساً على مسألة ورد فيها حكم، وذلك لأن العلة فى الحالتين واحدة. ويعرفه فقهاء الشريعة الاسلامية بأنه اثبات حكم المنطوق للمسكوت عنه لاشتراكهما فى علة واحدة. وتسمى المسألة التى ورد فى شأنها نص الأصل أو المقيس عليه، وتسمى المسألة التى لم يرد فى شأنها نص بالفرع أو المقيس.

---

(١) تنص المادة ١٢٢من قانون العقوبات على أنه «إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل وبغرامة لا تزيد عن مائتى جنيه. . ويعد ممتنعاً ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر».

ويشترط لاستخدام القياس كوسيلة للتفسير عدة شروط:

١ - ألا يكون للفرع نص خاص به، إذ لو كان له حكم فلا فائدة من القياس إن تطابق الحكمان، وإن اختلفا كان القياس باطلاً حيث لا قياس فى مواجهة النص.

٢ - أن يكون للمقيس عليه (الأصل) علة يمكن ادراكها بالعقل، وذلك حتى يتسنى القول بوجود وصف يجمع بين المقيس عليه والمقيس، بحيث نستند إليه فى مد حكم الأول إلى الثانى. أما إذا كان الحكم المنصوص عليه قد جاء تحكمياً بغير علة واضحة فلا يمكن بداهة القياس عليه ( مثلا تحديد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة) .

٣ - ألا يكون حكم الأصل قد جاء على وجه الاختصاص، فهنا يقال أن الأصل قد تفرد بحكم خاص به، فيجب أن يقتصر عليه ولا يقاس غيره عليه.

٤ - أن تكن العلة الموجودة فى الفرع مساوية، على الأقل، لعلة الأصل، فإن تفاوتت العلة فلا يصح القياس لأن القياس مع الفارق لا يجوز.

**صورة القياس:**

١٠٨- للقياس صورتان الأولى تمثل الاستنتاج بمفهوم الموافقة وتعنى مد حكم النص لتطبيقه على الحالة المسكوت عنها لاتحاد العلة.

وينقسم هذا النوع من القياس إلى نوعين: **قياس عادى وقياس من باب أولى**. وتمثل الثانية الاستنتاج بمفهوم المخالفة (الاستنتاج العكس) وتعنى اعطاء الحالة السكوت عنها حكماً مناقضاً لحكم الحالة المنصوص عليها لاختلاف العلة أو تخلفها.

**أولا - القياس بمفهوم الموافقة:raisonnement par analogie**

**أولاً - القياس العادى:** وفيه تتوافر علة الأصل فى الفرع بذات المقدار، أى تتساوى العلة بين المقيس والمقيس عليه، فنمد حكم الثانى للأول. مثال ذلك ما قضت به المادة ٣١٢ من قانون العقوبات من أنه لا يجوز محاكمة من يرتكب سرقة اضراراً بزوجه أو زوجته أو أصوله أو فروعه إلا بناء على شكوى من المجنى عليه. فلو أن الجريمة كانت خيانة أمانة فهل تتوقف المحاكمة فى هذه الحالات أيضاً على شكوى من المجنى عليه؟ الرد بالايجاب لأن علة حكم المادة ٣١٢ عقوبات وهى المحافظة على كيان الأسرة، وترك الأمر لتقدير المجنى عليه، تتوافر بذات القدر فى جريمة خيانة الأمانة فيما بين الأزواج أو الأصول والفروع.

**٢ - القياس من باب أولى:raisonnement à fortiorie**

وفيه تكون العلة أكثر وضوحاً فى الفرع منها فى الأصل، فيطبق حكم الأصل على الفرع من باب أولى. من قبيل ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٧ عقوبات من أن الزوج الذى يفاجى زوجته متلبسة بالزنا ويقتلها هى وشريكها يعاقب بالحبس، وهى عقوبة الجنحة بدلاً من عقوبة الجناية.

فـإذا ارتكب الزوج فى ذات الظروف جناية أخف بالزوجـة وشـريكهـا ، كجناية إحداث عاهة مستديمة، فهل يستفيد من التخفيف المذكور بالمادة ٢٣٧ عقوبات؟ الرد بالايجاب، إعمالاً للقياس من باب أولى. فطالما أن جناية القتل، وهى أكثر خطورة، قد اعتبرت جنحة، فيجب أن يسرى ذات الحكم، ومن باب أولى، على جناية إحداث عـاهة مستـديمة لأنهـا أقل خطورة.

**ثانياً - القياس بمفهوم المخالف: raisonnement à contrario**

١٠٩- ويعنى كما سبقت الاشارة اعطاء الحالة المسكوت عنها عكس الحكم المنصوص عليه لاختلاف العلة أو تخلفها، أو لتخلف شرط، أو قيد، أو وصف، ورد بالنص.

مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩٣ مدنى من أنه « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى أن ينقضى هذا الميعاد » فبمقتضى مفهوم المخالفة يستطيع الموجب أن يعدل عن ايجابه فى أية لحظة إذا لم يكن قد عين ميعاداً للقبول. ومن قبيل ذلك أيضاً أن المادة ١٧ مدنى نصت على أن تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات المخصصة للمنفعة العامة، فلا يجوز التصرف فيها، أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم. فإذا تخلف شرط التخصيص للمنفعة العامة تخلف وصف المال العام (بمفهوم المخالفة) وبالتالى خضع المال لعكس الأحكام المشار اليها بأن جاز التصرف فيه وتملكه بالتقادم والحجز عليه.

ويحذر الفقه من عدم الحيطة فى الأخذ بهذه الصورة من صور القياس، وذلك أن ورود حكم معين مقيداً بقيد لا يعنى دائماً أن تخلف القيد يسمح بالأخذ بالحكم العكسى. فقد يحدث أن يكون النص قد ورد على سبيل المثال فقط. فمثلاً نصت المادة ٢٥١ مدنى على أن البيع بشرط التجربة يعتبر معلقاً على شرط قبول المبيع، فإذا انتفى شرط التجربة، كأن كان البيع بشرط الرؤية مثلاً، فلا يمكن، أخذاً بمفهوم المخالفة، اعتبار البيع غير معلق على شرط، لأن المشرع ذكر البيع بشرط التجربة كصورة للبيع المعلق على شرط ولم يقصد الحصر بما يؤدى إليه من ترتيب نتيجة عكسية حال تخلف القيد.

## المطلب الثالث

## مبادئ عامة تحد من سلطة القائم بالتفسير

**١- وجوب التزام التفسير الضيق فى القانون الجنائى:**

١١٠- تتميز مسائل القانون الجنائى بأنها تمس أمن الجماعة واستقرارها بصفة مباشرة، لذلك تتجاوز الجريمة نطاق الاعتداء على المصالح الخاصة لتصبح عدواناً على المجتمع بأكمله، وبالتالى تصبح النيابة العامة، بوصفها ممثلة للمجتمع، طرفاً فى الخصومة الناشئة عن الجريمة. . ومن ناحية أخرى فإن إضفاء وصف الجريمة على عمل معين يؤدى الى تغيير أساسى فى نطاق حرية الحركة التى يتمتع بها المواطنون، لذلك كان طبيعياً أن توضع قيود تحول دون التوسع فى دائرة التجريم أو

تضع له، على الأقل، الضمانات الكافية. واتفاقاً مع هذا المفهوم وجد مبدأ يسمى بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات. ويعنى «ألا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص فى القانون» أى أن الدولة وحدها، عن طريق سلطتها التشريعية، تحتكر تجريم الأفعال وتحديد عقوباتها وقد رتب القضاء والشراح على هذا المبدأ نتيجتين:

**الأولى:** مفادها حرمان القضاء والشراح من إضفاء صفة الجريمة على عمل لم تجرمه السلطة التشريعية.

**والثانية:** تفيد الحد من القدرة على التفسير بما يؤدى الى الالتزام بالتفسير الضيق، وامتناع استخدام التفسير الواسع. وبالتالى فلا يجوز تجريم فعل مباح قياساً على جريمة ورد بها نص، بحجة اتحاد العلة بين الفعلين، وإلا كان فى ذلك خروج على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات.. فمثلاً لم يكن سحب الشيك بدون رصيد يكون قبل سنة ١٩٣٧ جريمة ما، ومع ذلك لم يكن من الممكن تجريمه قياساً على جريمة النصب بحجة وجود علة مشتركة بين الفعلين وهى ابتزاز أموال الغير. ومن قبيل ذلك أيضاً أن جريمة التزوير كانت تتم قبل سنة ١٩٨٣ بتغيير علامة أو رقم أو بيان فى المحرر على أساس أن هذه العناصر تعد أجزاء من المحرر ذاته. أما تغيير الصورة الشمسية فلم يرد ضمن صور التزوير. لذلك كانت محكمة النقض لا ترى فى تغيير الصورة تزويراً، لأن الصورة ليست جزء من المحرر، ولا يمكن ادخالها تحت نصوص التزوير

(نقض ١٥ يناير سنة ١٩٣٤ - مجموعة القواعد - جـ ٣ - ص ٢٥٦)، أخذا بالتفسير الضيق فى القانون الجنائى، وامتناع القياس. واستمر الوضع على هذا النحو إلى أن تدخل المشرع بتعديل المادة ٢١١ عقوبات بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وأضاف رلى طرق التزيو وضع صود أشخاص آخرين مزورة.

ويجدر بالملاحظة، فى هذال المقام ،أن الالتزام بالتفسير الضيق مقصور على مجال التجريم ولا يمتد إلى مجال تفسير أسباب الاعفاء من المسئولية أو موانع العقاب ففى هذا النطاق الأخير يسترد المفسر سلطة التفسير الواسع، حيث لا يتعارض هذا التفسير مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وحيث لا يتعارض مع مقتضيات الحرية الفردية. وقد عرضنا فيما سبق لتطبيقات للتوسع فى تفسير أسباب الاباحة أو ظروف التخفيف[١]. فقد أشرنا إلى امكان قياس خيانة الأمانة بين الأزواج أو بين الأصول والفروع على جريمة السرقة للقول بإمتناع المحكمة الا بناء على شكوى من المجنى عليه، كذلك الحال بالنسبة لتخفيف العقاب عن الزوج الذى أحدث بزوجته الزانية عاهة مستديمة قياساً على نص التخفيف الخاص بقتل الزوجة الزانية فى حالة التلبس.

---

(١) مع ملاحظة أنه لا وجه للقياس أيضا فى هذه الحالة إذا كان النص قد ورد على سبيل الاختصاص بحالة محددة أو على سبيل الاستثناء. فمثلا لا يجوز القياس للتخفيف، فى حالة قيام الزوجة بقتل زوجها حال مفاجأته متلبسا بلزنا، لأن حق الزوج ورد على سبيل الاختصاص والاستثناء.

**٢ - حيث يرد النص عاماً فلا يجوز ايراد قيد على حكمة:**

الأصل أن المفسر لا يملك سوى الاذعان لعمومية النص القانونى، فليس من سلطته أن يورد عليه قيداً لم يضعه المشرع. فحين يقرر القانون مثلاً أن الملكية فى العقارات لا تنتقل إلا بالتسجيل، على اعتبار أن العقارات ذات قيمة اقتصادية ضخمة، فلا يجوز للمفسر أن يفرق بين العقارات ذات القيمة الضخمة والعقارات ذات القيمة التافهة ليفرض التسجيل على الأولى دون الثانية.

**٣ - ماورد على سبيل الاستثناء لا يجوز التوسع فى تفسيره:**

قد يورد القانون حكماً معيناً يعتبره القاعدة العامة واجبة الاتباع فى جميع الحالات، ثم يورد على هذه القاعدة استثناء محدوداً فى حالة أو حالات خاصة. ففى هذه الحالة لا يجوز التوسع فى تفسير الاستثناء أو القياس عليه، بل يجب على المفسر أن يلتزم بالتفسير الضيق.

## الفصل الثالث

## نطاق تطبيق القانون

١١١- حين تستجمع القاعدة القانونية عناصر الوجود والنفاذ فإنها تسرى على المخاطبين بأحكامها. غير أن هذا السريان يتحدد من زاويتين أولاهما مكانية والثانية زمانية. فنطاق سريان القاعدة القانونية يتحد إقليمياً بحيز مكانى معين. كما يتحدد من حيث الزمان بحيز زمانى محدد

ويلزم فى هذا المقام أن نحدد سريان القانون من هاتين الزاويتين وما يثيره كل منهما من مشاكل.

### المبحث الأول

### نطاق تطبيق القانون من حيث المكان

١١٢ - القاعدة الاساسية التى تحكم هذا الموضوع هى قاعدة **إقليمية القوانين**، وهى تعنى أن القانون يسرى على جميع الأشخاص القاطنين بإقليم الدولة سواء كانوا وطنيين أم أجانب. ويعتبر تطبيق هذا المبدأ إعمالاً لمبدأ سيادة الدولة على إقليمها من ناحية، ومظهراً لمبدأ عمومية القاعدة القانونية من ناحية أخرى.

غير أن هذا المبدأ لم يعد يطبق بشكل مطلق، فمن الناحية الداخلية يمكن أن يصدر قانون ليطبق على جزء فقط من إقليم الدولة

كمناطق الحدود أو المناطق النائية.

ومن الناحيـة الدوليـة - وهذا هو الأهم - أدى انتـشـار التـجـارة والتبادل الدولى إلى اعادة النظر فى مسألة القانون الواجب التطبيق على العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبى. فنشأت نتيجة لذلك قواعد تبين القانون الواجب التطبيق فى كل حالة شملها القانون الدولى الخاص الذى سبق لنا الحديث عنه. ومع استقرار قواعد هذا الفرع صار من غير المستبعد أن ينطبق قانون دولة أجنبية على الاقليم الوطنى.

وبهذا يظهر مبدأ آخر يسمى بمبدأ شخصية القوانين يقضى بسريان قانون الشخص عليه حتى لو كان مقيما على إقليم دولة غير دولته.

والراجح فى الوقت الحاضر أن المبدأ الأساسى هو مبدأ الإقليميـة وأن الاستثناء هو السماح بمبدأ شخصية القانون فى حدود معينة.

**الوضع فى القانون المصرى:**

١١٣- المبدأ الأساسى فى القانون المصرى هو إقليمية تطبيق القانون، بمعنى أن القوانين المصرية تطبق على كافة المقيمين على إقليم الدولة سواء كانوا مواطنين أم أجانب، كما يقضى مبدأ الإقليمية باقتصار تطبيق القانون المصرى على إقليم الدولة المصرية دون أن يستطيع تجاوز هذا الحد. فالمصريون الذين يخرجون عن حدود دولتهم لا يسرى عليهم كمبدأ القانون المصرى.

غير أن مبدأ التطبيق الإقليمى لا يطبق تطبيقاً مطلقاً بل ترد عليه بعض الاستثناءات التى يختلف مداها بإختلاف فروع القانون.

**ففى اطار القانون العام نجد:**

١١٤- ١- أن هناك استثناء عاماً من مبدأ الإقليمية تفرضه قواعد القانون الدولى بالنسبة لطائفة معينة من الأفراد، ويقضى بعدم خضوع رؤساء الدول الأجنبية والممثلين الدبلوماسيين، فى حدود معينة للقضاء الوطنى وبالتالى للقانون للوطنى، أثناء إقامتهم على إقليم الدولة المضيفة.

٢ - أن بعض قواعد القانون الدستورى تتحدد، فى عمومية تطبيقها على جميع الأفراد المقيمين على أرض الدولة، بمبدأ شخصية القوانين، وذلك بالنسبة للقواعد المتعلقة بالحقوق والحريات والواجبات السياسية. فبالنسبة لهذه المسائل لا يتمتع بما تضعه من امتيازات ولا يتحمل ما تفرضه من التزامات سوى الوطنى دون الأجنبى.

٣ - بالنسبة لقانون العقوبات فإن أحكامه تطبق فى الأصل تطبيقاً إقليمياً، أى يسرى على كل من يرتكب فى القطر المصرى جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه سواء كان الفاعل مصرياً أم لا. وأنه لا يسرى على الجرائم التى ترتكب خارج هذه الحدود حتى ولو كان مرتكب الجريمة مصرياً. غير أن هذا المبدأ يلقى استثناء من ناحيتين: فقد يلحق القانون المصرى بعض الأشخاص الموجودين بالخارج مصريين كانوا أم

أجانب إذا ما كانت الجرائم التى ارتكبوها كلها أو جزء منها قد وقع على إقليم الدولة المصرية. ومن ناحية ثانية قد ترتكب فى الخارج جرائم تمس أمن الدولة فيخضع مرتكبوها للقانون الوطنى.

**فى اطار القانون الخاص:**

١١٥- تعتبر قواع القانون الخاص أقل مساساً باعتبارات سيادة الدولة وكرامتها من قواعد القانون العام. فالقانون العام يحكم سلطة الدولة ونظامها السياسى والإدارى وينظم أمنها وسلامة مواطنيها وأراضيها، فى حين يحكم القانون الخاص روابط فردية وعلاقات مالية لا تتصل اتصالاً مباشراً بسيادة الدولة أو أمنها. لذلك كان من الطبيعى أن تتعدد الاستثناءات فى هذا الفرع من فروع القانون، ولقد أفرد القانون المدنى بعض مواده (المواد من ١٠حتى ٢٨) لوضع معايير لحل التنازع الذى يقوم بين القوانين المختلفة بشأن العلاقات ذات الصفة أو العناصر الأجنبية.

ويمكن ذكر أهم القواعد التى وردت فى هذا الشأن على الوجه التالى:

١ - تخضع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية (مسائل الحالة، الأهلية، الزواج، الطلاق. النفقة التى يدفعها الشخص لذويه، الميراث الوصية، للقانون الشخصى، بمعنى أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الجنسية (١١ - ١٢ - ١٥ - ١٧).

٢ - المنازعات المتعلقة بالعقارات تخضع لقانون موقع العقار (م١٨).

٣ - المنازعات المتعلقة بالمنقولات تخضع لقانون البلد الذى توجد فيه هذه المنقولات وقت نشوء السبب الذى أى الى اكتساب الحقوق عليها (م ١٨).

٤- المنازعات المتعلقة بالشكل الواجب اتباعه فى ابرام العقود تخضع لقانون البلد الذى أبرم فيه العقد (م ٢٠).

٥ - المنازعات المتعلقة بالعقود من حيث الموضوع، تخضع للقانون الذى اتفق الأطراف على وجوب تطبيقه. فإن لم يوجد مثل هذا الاتفاق إنطبق قانون الدولة التى يوجد فيه موطن الأطراف المشترك، فإن اختلف موطنهما سرى قانون الدولة التى تم فيها العقد (م ١٩).

وفى كل حالة أدت قواعد حل التنازع السالفة الذكر إلى تطبيق قانون أجنبى فى مصر يجب ألا تكون أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام فى مصر وإلا وجب على القاضى استبعاد هذا القانون وتطبيق أحكام القانون المصرى (م ٢٨).

## المبحث الثانى

## نطاق تطبيق القانون من حيث الزمان

### وضع المشكلة:

١١٦- يطبق القانون من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية على التفصيل الذى سبق أن أوردناه، ومعنى ذلك أن الأصل سريان القانون على المستقبل، أى على العلاقات التى تنشأ فى ظل القانون الجديد، دون أن يتعدى ذلك الى حكم وقائع حدثت فى الماضى. والحكمة من تقرير هذا المبدأ هو أن الأفراد الذين مارسوا نشاطهم فى ظل قانون معين وفقاً لأحكامه لا يجوز أن يباغتوا بقوانين جديدة تسرى على الماضى، وبالتالى تدخل الارتباك والفوضى فى مراكزهم وعلاقاتهم التى استقرت فى ظل القانون القديم. والقول بغير ذلك فيه إخلال بمقتضيات الأمن والاستقرار الاجتماعى فضلاً عن انكار متطلبات العدالة.

ومن ناحية أخرى ينتهى سلطان القانون القديم بإلغائه. وينبنى على ذلك توقف هذا القانون عن التطبيق بصورة أو بأخرى على أية وقائع أو علاقات لاحقة على الإلغاء. وحكمة هذا المبدأ هى أن المشرع حين يلغى قانوناً قديماً بقانون جديد فإن ذلك يعنى أن القديم لم يعد مناسباً وأن الجديد يفضله فى التطبيق، لذلك فإن احترام إرادة المشرع تقتضى ايقاف العمل بالقانون القديم منذ الغائه، على أن يبدأ العمل بالقانون الجديد منذ ذلك الحين. هذا فضلاً عن أن عدم اتباع هذا المنطق سيؤدى

الى امكان تطبيق القانونين القديم والجديد فى آن واحد، كل منهما على بعض المراكز القانونية، وهو أمر لا يصح تشجيعه لما يؤدى اليه من حكم مراكز قانونية متشابهة وفقاً لقوانين مختلفة.

ولقد صيغت نتائج الأفكار السابقة فى اطار مبدأ ذى وجهين: فمن ناحية لا يسرى القانون الجديد على الماضى la règle de la non retroactivitè ومن ناحية أخرى يسرى القانون الجديد فور نفاذه effet immediate de la loi nouvelle مع ما يقتضيه ذلك من ايقاف العمل بالقانون القديم منذ الغائه.

غير أن إعمال هذا المبدأ بشقيه ليس بالسهولة التى قد تبدو فى النظرة الأولى. فقد يكون من اليسير تطبيقه حين تنشأ الواقعة أو المركز القانونى فى ظل قانون معين ثم تتحقق آثارها فى ظل ذات القانون. ففى هذه الحالة لا شبهة فى وحدانية تطبيق القانون المذكور على مثل هذه الوقائع والمراكز.

ولكن الصعوبة تثور حين تبدأ العلاقة القانونية فى التكوين فى ظل قانون معين ثم تكتمل لها عناصر التكوين (أو تنتج آثارها) فى ظل قانون جديد. ففى مثل هذا الفرض يثور الشك حول تحديد أى القوانين واجب التطبيق. فهل نرجح تطبيق القانون القديم بسبب تكوين عناصر العلاقة كلها أو بعضها فى ظله، أم نرجح تطبيق القانون الجديد بسبب تحقيق الآثار بعد نفاذه. أم نطبقهما معاً، وفى هذه الحالة ماهو معيار

توزيع اختصاص سلطان كل منهما؟

ولتوضيح هذه الفروض نسوق الأمثلة الآتية:

١ - يجوز للشخص أن يوصى فى حدود ثلث تركته، فإن فعل ثم صدر قانون جديد قبل وفاته يمنع الوصية فيما يجاوز الربع مثلا، فأى القوانين واجب التطبيق؟ فالوصية لا تصبح نهائية إلا بالوفاة، فهل ينطبق عليها القانون الذى صدر التصرف فى ظله، أم ينطبق عليها قانون وقت الوفاة بحكم أنه القانون السارى عند تحقق الواقعة التى صارت منها الوصية نهائية.

٢ - تزوج شخص فى ظل قانون يجيز الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ثم صدر قانون جديد يجعل الطلاق بحكم القاضى، فإذا أراد هذا الشخص أن يطلق زوجته فلأى القوانين يخضع؟

وإذا أردنا أن نضع حلولاً لمثل هذه الفروض وفقاً لمبدأ عدم رجعية القانون على الماضى لوجدنا أن تطبيقه على حالة معينة يقتضى أن يكون لدينا معيار محدد يبين لنا أن القانون الجديد قد سرى على الماضى فنمتنع عن تطبيقه، أم أنه لا يسرى فنمضى فى تطبيقه بغير حرج. ولقد حاول الفقه والقضاء أن يضعا معياراً لذلك فى إطار نظريات متعددة.

### ١ - النظرية التقليدية

**فحوى النظرية:**

١١٧- تقوم هذه النظرية على أساس التفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل.

فالقانون الجديد لا يستطيع المساس بالحق المكتسب وإلا كان سريانه بأثر رجعي، وعلى العكس يستطيع القانون أن يخل بمجرد الأمل تعديلاً أو الغاء دون أن يستطيع أحد الادعاء بأنه نفذ بأثر رجعي.

**ولكن ما هو الحق المكتسب..**

**وما هو مجرد الأمل؟**

قيلت عدة آراء لإعمال هذه التفرقة، فذهب البعض الى أن الحق المكتسب هو الحق الذى دخل فى ذمة الشخص بحيث لا يمكن سلبه منه بغير ارادته، كحق المديونية ولو كان معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل.

فإذا لم يتوافر الوصف السابق كنا بصدد مجرد أمل وبالتالى يجوز للقانون الجديد أن يخل به دون أن يقال بأنه طبق بأثر رجعي، ومثاله حق الوارث المحتمل قبل وفاة المورث، وحق الموصى له قبل وفاة الموصى.

وذهب البعض الآخر إلى أن الحق المكتسب هو ذلك الحق الذى

يمكن أن ترفع به دعوى قضائية سواء لإقتضائه أو لاتخاذ اجراءات تحفظية لحمايته.

ويصل هذا الرأى تقريباً إلى ذات النتائج التى وصل اليها الرأى الأول. فالحق المعلق على شرط أو المضاف إلى أجل يمكن اتخاذ الاجراءات التحفظية بشأنه، فى حين لا يمكن اتخاذ هذه الاجراءات من جانب الوارث المحتمل، أو الموصى له، حال حياة المورث أو الموصى.

**نقد النظرية التقليدية:**

١١٨- كتبت لهذه النظرية السيادة خلال القرن التاسع عشر حيث اعتنقها كثير من المشتغلين بالقانون، ولكن الفقه الحديث نجح فى بيان عيوبها وعدم كفايتها لمواجهة مشكلات تنازع القوانين من حيث الزمان.

**فمن ناحية**، لم يتفق أنصار النظرية على إعطاء معيار محدد للتفرقة بين الحق المكتسب ومجرد الأمل. فالقول بأن الحق المكتسب هو الحق الذى دخل فى الذمة المالية لا يجدى حين ينصرف البحث الى مشكلات الحقوق غير المالية التى لا تدخل فى ذمة الشخص.

**ومن ناحية أخرى** فإن معيار دخول الحق فى الذمة على الوجه الذى قالت به النظرية التقليدية يؤدى الى نتائج غير مقبولة. فوفقاً لهذه النظرية لايمكن المساس بالحق الذى دخل فى الذمة المالية، فهل معنى ذلك مثلاً أن قانوناً بتحديد الملكية الزراعية لن ينطبق على الذين تملكوا

أراضيــهم قــبل نفــاذ القــانون الجـديد؟ لو قــيل بذلك لكانت النظرية التقليدية عقبة فى سبيل كل تغير اقتصادى أو اجتماعى.

## ٢- النظرية الحديثة

### ٥٠ - أولاً - نظرية الوقائع التى اكتملت فى الماضى:

**les faité passs realisès**

١١٩- وتذهب هذه النظرية الى أن يحكم القــانون القـديم كــافــة النتــائج والآثار المتـرتبـة على الوقـائع التى اكـتـمل وجـودها فى ظله. ومقتضى ذلك أنه ما دامت الواقعة قد تحققت فى ظل قانون معين استمر هذا القانون سارياً عليها حتى ولو تحققت الآثار والنتائج فى ظل القانون الجديد.

ومن الواضح أن هذه النظرية تعطى للقـانون القـديم سلطاناً يجـاوز الحـدود التى يمكن التـسليم بهـا. فـمن الصـعب أن نسلم أن قـانوناً من قوانين الاصلاح الاجتماعى يعجز عن تنظيم كافة الآثار التى نتجت فى ظله لمجرد أنهـا ترجع الى وقـائع اكـتـمل وجـودها قـبل نفـاذه. فـهل من المتصور مثلاً أن قانوناً يحرم الطلاق بالارادة المنفردة يعجز عن حكم كافة الزيجات التى تمت قبل صدوره؟

ومن ناحية أخرى فقد عيب على هذه النظرية أنها تعطى الاهمية الكبرى لتحقق الوقـائع دون الآثار، مع أن العكس هو الأكثر اتفـاقاً مع مقتضيات التنظيم القانونى.

**ثانياً - نظرية التفرقة بين المركز القانون الموضوعى situa-tion juridque objective والمركز القانونى الشخصى situation juridque subjective**

ويقصد بالمركز القانون الموضوعى المركز التنظيمى الذى يتولى القانون تنظيمه بصفة عامة بحيث لا تلعب فيه ارادة الأفراد إلا دوراً محدوداً. ويسرى على مثل هذه المركز القانونى القانون الجديد فور نفاذه. ومن قبيل المراكز الموضوعية أو التنظيمية علاقة الزوجية وما يدور حولها من أحكام. فالقانون هو الذى يحدد شروط انعقاد الزواج الصحيح وما يترتب عليه من آثار والتزامات متبادلة. فإذا ما صدر قانون جديد يعدل من هذه الاحكام وجب سريانه على جميع من ارتبطوا بعلاقة الزوجية عند العمل بهذا القانون، بغض النظر عن تاريخ إبرام عقد الزواج.

أما المركز القانونى الشخصى فهو المركز الذى يرجع فى نشأة وتنظيم أحكامه الى ارادة اطرافه. وينطبق هذا الوصف عموماً على المراكز التعاقدية. فعقد البيع مثلاً ينشئ مركزاً قانونياً شخصياً يخضع فى شروطه وآثاره لسلطان ارادة طرفيه. ويخضع مثل هذا المركز الشخصى (أو التعاقدى) لحكم العقد الذى أنشأه فى حدود أحكام القانون الذى كان سارياً عند ابرام هذا العقد. وبالتالى فهى لا تخضع (بخلاف المراكز التنظيمية) للتعديلات التى قد تدخلها قوانين لاحقة على تاريخ نشأتها.

ورغم ما أضافته هذه النظرية من أضواء جديدة على مشاكل تطبيق القوانين المتعاقبة زمنياً، إلا أن ما تصل اليه من حلول ليس بالمقبول فى كل الأحوال. فمن الصعب أحياناً أن نطبق القانون الجديد بغير تحفظ على مركز قانونى معين نشأ فى ظل قانون سابق بحجة أنه مركز تنظيمى. فهل من المتصور مثلاً أن نعيد النظر فى صحة انعقاد زواج (وهو مركز تنظيمى) تم صحيحاً فى ظل القانون القديم إذا كان هذا الزواج لا يحقق شروط صحة الانعقاد وفقاً للقانون الجديد؟

لا شك أن مثل هذه النتيجة التى يؤدى اليها منطق النظرية لا يمكن التسليم بها، وهو سبب كاف لهجر النظرية والبحث عن حلول أخرى.

**ثالثاً - نظرية العميد روبير Roubier أو النظرية الحديثة:**

١٢١- تقوم هذه النظرية على أساس مراعاة الانتقادات التى وجهت للنظريات السابقة مع الأخذ، إن أمكن، ببعض الجوانب السليمة فيها. وبحثاً عن الحل بدأت النظرية الحديثة بالتسليم بقاعدتين:

١ - رفض الأثر الرجعى للقانون الجديد، فالاستقرار الاجتماعى فضلاً عن مقتضيات العدالة يتطلبا كما سبق أن أشرنا ألا يعاد النظر فى المراكز القانونية التى سبق أن استقرت وفقاً للقانون القديم.

٢ - رفض امتداد سلطان القانون القديم فى فترة زمنية لاحقة

على الغائه، لأن فى ذلك مناقضة لمقتضى ارادة المشرع الذى ماجدد إلا لأن الجديد أكثر ملائمة من القديم وأولى منه بالتطبيق.

وقد أدى التسليم بهاتين القاعدتين بأنصار النظرية الحديثة الى الوصول الى الحل الثالث وهو ضرورة تطبيق القانون الجديد بأثر فورى.

فالقانون الجديد لن يسرى على الماضى (عدم التسليم بالأثر الرجعى) وسيسرى منذ نفاذه، دون أن يزاحمه أو يعوقه القانون القديم (إقرار الأثر المباشر).

وقد أنحصرت الحلول التى قدمتها النظرية الحديثة فى تفصيل مضمون وحدود كل من هاتين القاعدتين:

**(١) عدم رجعية القانون الجديد**

١٢٢- وتؤدى هذه القاعدة، كما سبق أن أشرنا، إلى عدم امتداد سلطان القانون الجديد إلى الماضى، ويقصد بذلك وفقاً لهذه النظرية:

١ - عدم تطبيق القانون الجديد على المراكز التى نشأت وانقضت فى ظل القانون القديم، أو ما تم ترتيبه من آثار فى ظل القانون القديم. أما لو كان المركز القانونى ما زال منتجاً لبعض آثاره فى ظل القانون الجديد، فإن هذه الآثار تخضع للقانون الجديد. فإذا أبرم عقد قرض بفائدة ٨٪ قبل العمل بالقانون المدني الحالى، ثم صدر هذا القانون وجعل الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ٧٪ فقط، فإن ما استحق من فوائد

قبل القانون الجديد يسرى عليه النظام القديم، وما يستحق بعد نفاذ القانون الجديد يسرى عليه النظام الجديد.

٢ - الوقائع التى اكتملت فى ظل القانون القديم لا تنتج سوى الآثار التى رتبها عليها هذا القانون، ولا تنتج ما قد يكون قد رتبه عليها القانون الجديد من آثار اضافية.

٣ - إذا كان تكوين المركز القانونى يستغرق زمناً طويلاً تتحقق خلاله بعض عناصر وجوده، فإن ما يتحقق من هذه العناصر فى ظل القانون القديم يبقى خاضعاً لهذا القانون وفقاً لما يعطيه هذا القانون لها من قيمة قانونية، وما يتحقق فى ظل القانون الجديد يخضع لهذا القانون بالنسبة لما قد يفرضه أو يعدله من شروط وأوضاع. فالوصية مثلاً تنشأ بتصرف قانونى من الموصى ولا تصبح نهائية الا بوفاته، فإذا صدر قانون جديد يفرض شروطاً شكلية جديدة يجب أن تفرغ فيها ارادة الموصى، فإن هذه الشروط لا تسرى على الوصايا التى حررت قبل صدوره والتى تمت فى ظل القانون ووفق شروطه. أما إذا كان القانون الجديد يعدل من القدر الجائز الايصاء به (بأن لا يجيز الايصاء مثلاً إلا فى حدود الربع بدل الثلث) فإنه يسرى على الوصية التى لم تصبح بعد نهائية بوفاة الموصى.

**استثناءات من مبدأ عدم الرجعية:**

١٢٣- يعتبر مبدأ عدم الرجعية من المبادئ الاساسية فى القانون، واقراراً لهذه الحقيقة رأى واضعوا الدستور الدائم لسنة ١٩٧١ النص

على المبدأ صراحة فى المادة ١٨٧ «لا تسرى أحكام القوانين الا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها. ومع ذلك يجوز فى غير المواد الجنائية النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الشعب».

ويعتبر ما جاء بالنص المذكور إقراراً للحدود التى قررتها النظرية الحديثة لمبدأ عدم الرجعية. فقد سلم النص، كما سلمت النظرية، بامكان مخالفة القاعدة بناء على نص تشريعى. ولكن النظرية تضيف استثنائين اخرين يجب التسليم بهما رغم عدم تعرض النص لهما، وهما حالة القانون الجنائى الأصلح للمتهم وحالة القوانين التفسيرية. ويجب الا يعتبر اقرار هذين الاستثنائين افتئاتاً على الحدود التى رسمها نص الدستور، ذلك أن مضمونها لا يمثل، كما سنرى، تعارضاً فعلياً مع الحكمة التى تقرر من أجلها مبدأ الرجعية.

**الاستثناء الأول - حالة النص الصريح:**

وهو الاستثناء الذى أشار اليه الدستور، ويجوز وفقاً له أن يقرر مجلس الشعب بأغلبية اعضائه سريان القانون - فى غير المواد الجنائية - على الماضى فإذا أفصح المشرع عن تلك الارادة وجب إعمالها رغم ما قد يسند اليها من عيوب.

**الاستثناء الثانى - القوانين التفسيرية:**

وهو استثناء لا يمثل تعارضاً فعلياً، كما سبق أن ذكرنا، مع مضمون قاعدة عدم الرجعية - فالقانون التفيسرى لا يقر حكماً جديداً بل

يقدم شرحاً لقانون قائم استعصى فهمه، وبالتالى تطبيقه فى العمل. وفى هذه الحالة يطبق التفسير بأثر رجعى أى على مراكز تكونت قبل صدور التفسير.

**الاستثناء الثالث - القانون الجنائى الاصلح للمتهم:**

إذا ارتكبت الجريمة فى ظل قانون معين فيجب أن يحاكم المتهم وفقاً لأحكام هذا القانون، فإذا صدر قانون جديد قبل توقيع العقوبة فالأصل عدم تطبيقه على الجريمة التى وقعت قبل سريانه. غير أن النظرية الحديثة تورد على هذا المبدأ استثناء يتعلق بالقوانين الجنائية الأصلح للمتهم، فإذا كان القانون الجديد يخفف من عقوبة الجريمة التى ارتكبت فى ظل القانون السابق، وجب تطبيقه على القضايا التى لم يحكم فيها بعد[1].

ورغم التسليم بهذا الاتجاه الا أن البعض لا يرى فيه استثناء على مبدأ عدم الرجعية، إذ يرون أنه لكى يطبق القانون الجديد على الماضى يجب أن يكون الحكم النهائى قد صدر فعلاً، أما فى الفرض السابق فإن الحكم النهائى لم يصدر بعد، لذلك تخضع العقوبة للاثر الفورى للقانون الجديد وليس لأثره الرجعى.

(١) ولكن إذا كان القانون الجديد قد جعل الفعل غير معاقب عليه تماما، وكان قد صدر حكم نهائى على المتهم، وجب وقف تنفيذ العقوبة وانهاء آثارها الجنائية (م ٥ من قانون العقوبات).

**(ب) الاثر الفورى للقانون**

**١٢٤- وتعنى هذه القاعدة تطبيق القانون الجديد فوراً، أى على مايقع منذ بدء سريانه. ويؤدى ذلك من حيث المبدأ الى استبعاد امتداد سلطان القانون القديم بعد الغائه. ويترتب على ذلك:**

**١ - تطبيق القانون الجديد على المراكز التى تنشأ بعد بدء سريانه.**

**٢ - تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبلة للمراكز التى سبق أن نشأت فى ظل القانون القديم.**

**٣ - تطبيق القانون الجديد على المراكز القانونية التى فى طور التكوين، ومن قبيل ذلك القواعد المتعلقة باكتساب الملكية بالتقادم. فإذا نص القانون مثلاً على أن اكتساب الملكية بالتقادم (وضع اليد مع نية التملك) يتم بمرور مدة معينة (١٠سنوات مثلاً) وقبل تمام هذه المدة صدر قانون جديد يطيل مدة التقادم (١٥ سنة مثلاً، فهنا يجب تطبيق القانون الجديد لأن المركز القانونى لواضع اليد لم يتم بل كان فى طور التكوين.**

**٤ - تطبيق القانون الجديد على الآثار المستقبليه للمراكز القائمة وقت صدوره. ويسرى هذا الحكم على المراكز التنظيمية بصفة خاصة، فإذا عقد الزواج فى ظل القانون القديم، ثم صدر قانون جديد يعدل من آثاره أو من طرق انحلاله. فإن من مقتضى الأثر المباشر سريان هذا القانون بالنسبة للآثار المستقبلة.**

أما بالنسبة **للمراكز الشخصية أو التعاقدية**، فالأصل بالنسبة لها أن القانون الجديد لا يؤثر على آثارها التى تحدث فى ظله، بل تخضع للقانون الذى تم ابرام العقد فى ظله. أى أنها لا تخضع لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد بل لقاعدة الأثر المستمر للقانون القديم. والحكمة من إقرار هذا الحكم هو أن المركز الشخصى يخضع فى تنظيم أحكامه وآثاره لارادة طرفيه، وأنهما قد وضعا فى الاعتبار عند إبرام العقد ما يضعه القانون المعمول به فى ذلك الحين من أحكام. فإذا قلنا بتطبيق قانون جديد على هذه العلاقة لأدى ذلك الى قلب مضمون توازن المصالح الذى حققه الأطراف عند إبرام العقد[١].

بيد أن بعض الفقهاء نادوا بتطبيق الأثر الفورى للقانون الجديد حتى بالنسبة للمراكز الشخصية إذا كانت قواعد هذا القانون آمرة[٢]. ففى حدود هذه الوقائع الآمرة لا فرق بين المركز الشخصى والمركز التنظيمى. غير أن هذا الرأى لم تكتب له السيادة فى فقه المدرسة الحديثة، خاصة لما يؤدى اليه من تجزئة آثار المركز التعاقدى إذ يخضع بعضها للقانون القديم ويخضع البعض الآخر للقانون الجديد.

والاستثناء الوحيد الذى يمكن اقراره بالنسبة للمراكز التعاقدية هو حالة النص الصريح أو الارادة الضمنية من جانب المشرع. فإذا اتجهت

---

(١) راجع: منصور مصطفى منصور ص ٢٧٠ وما بعدها.

(٢) راجع: منصور مصطفى منصور، السابق

ارادة المشرع صراحة الى تطبيق القانون الجديد على المركز الشخصى وجب إعمال هذه الارادة.

ومن قبيل ذلك حكم المادة ٢٢٧ من القانون المدنى الخاصة بتحديد سعر الفائدة بما لا يتجاوز ٧٪ فوفقاً لمبدأ النظرية الحديثة، فيما يتعلق بتنفيذ هذه القواعد، يجب السماح بالأثر المستمر للقانون القديم الذى أبرم العقد فى ظله دون الأثر المباشر للقانون الجديد.

غير أن المذكرة الايضاحية للمادة ٢٢٧ صرحت بوجوب تطبيق قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد وبالتالى إخضاع الفوائد المستحقة ابتداء من تاريخ نفاذ القانون المدنى (١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩) للنص المقرر فى القانون الجديد.

ويؤخذ بذات المنطق حين تتجه الارادة الضمنية للمشرع الى الأخذ بقاعدة الأثر المباشر. ومن قبيل ذلك صدور قانون جديد ينقص من ساعات العمل اليومية للعمال، أو يضع حداً أدنى للأجور. ففى مثل هذه الاحوال لا يمكن استبعاد الأثر الفورى للقانون الجديد بحجة أننا بصدد مركز تعاقدى نشأ فى ظل القانون القديم، ذلك أن المشرع حين سن هذه الاصلاحات الاجتماعية إنما قصد تطبيقها بأثر فورى.

**٣ - الحلول الوضعية لمشكلات تنازع القوانين فى التشريع المصرى.**

١٢٥ - نظم المشرع المصرى مشكلات تنازع القوانين بالنسبة لبعض المسائل الهامة التى يتردد حدوثها فى العمل. وقد وردت الحلول

الخاصة بتلك المسائل فى كل من القانون المدنى وقانون المرافعات وقانون العقوبات.

**١ - حل مشكلات التنازع فى مسائل الأهلية:**

قد تتغير القوانين الخاصة بالأهلية نتيجة لتعاقب القوانين المختلفة مما قد يثير تنازعاً بين القوانين القديم والجديد، فى صدد علاقات معينة. وتتخذ مشكلات التنازع فى هذه الحالة إحدى صورتين:

**الأولى:** تتعلق بمدى اعتبار الشخص كامل الأهليه من عدمه وتتعلق الثانية بمصير التصرفات التى يقوم بها الشخص ومدى صحتها:

**(١) الأهلية:**

١٢٦- تنص المادة السادسه من القانون المدنى على أن تسرى النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليه الشروط المقررة فى هذه النصوص.. » ومفاد هذا الحكم **سريان النصوص المتعلقة بالأهلية بأثر مباشر على جميع** الأفراد. وبالتالى فإذا كان القانون الجديد يرفع سن الرشد بما يجاوز السن المقررة فى القانون القديم تعين أن يخضع له كل من لم يبلغ السن الجديد، بأن يعتبر ناقص الأهلية. أما إذا كان القانون الجديد ينقص من سن الرشد فإن الأثر المباشر يعنى أن يصبح رشيداً كل من بلغ السن وفقاً للقاعدة الجديدة، ولو أنه كان ناقص الأهلية وفقا للقانون السابق.

**(ب) التصرفات القانونية:**

عندما يعدل القانون الجديد من سن الرشد اللازم لاكتمال الأهلية فإن هذا التعديل يؤدى الى التساؤل عن مصير التصرفات التى يتم ابرامها فى ظل القانون السابق. والفرض فى هذه الحالة أن تلك التصرفات كانت صحيحة وفقاً للقانون القديم. وقد واجهت هذه الحالة الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون المدنى بحيث جاء فيها «.. وإذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الاهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة».

ويعبر هذا الحكم عن مبدأ عدم سريان القانون بأثر رجعى، فقد خضع التصرف لحكم القانون الذى كان سارياً وقت ابرامه.

**٢ - حل مشكلات التنازع فى مسائل التقادم:**

١٢٧- القاعدة فى هذا الصدد أن القانون الجديد يسرى بأثر مباشر على كل تقادم لم تكتمل مدته؛ فهذا التقادم يعد فى طور التكوين سواء كان تقادماً مكسباً أو تقادماً مسقطاً.

أما إذا كان التقادم قد اكتمل فى ظل القانون السابق فإن القانون الجديد لا تستطيع المساس به، وإلا كان سريانه بأثر رجعى، وهو ما لا يجوز بغير نص صريح.

وقد عالج المشرع المصرى هذ الموضوع فى المادتين السابعة والثامنة من القانون المدنى. وتنص المادة ٧ على أنه «تسرى النصوص الجديدة

المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل على أن النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة».

كما نصت المادة ٨ مدنى على أنه « ١ - إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك ٢ - أما إذا كان الباقى من المدة التى نص عليها القانون القديم أقصر من المدة التى قررها النص الجديد، فإن التقادم يتم بانقضاء هذا الباقى.

ويستفاد من النصين السابقين أمران

**الأول:** أنه فيما يتعلق بقابلية الحق للتقادم وبدء التقادم ووقفه وانقطاعه فإن كل من القانونين القديم والجديد يسرى على ما تم فى ظله (م ٧). وهو تطبيق لقاعدتى امتناع الأثر الرجعى وتطبيق الأثر المباشر. ويلاحظ فى هذا المقام أن شروط القانون الجديد تطبق مباشرة منذ نفاذ هذا القانون حتى ولو أدى ذلك الى تعطيل أثر التقادم وفقاً للقانون القديم. فإذا تطلب القانون الجديد مثلاً حسن نية حائز العقار لكسب الملكية بالتقادم، فإن التقادم الذى بدأ فى السريان فى ظل القانون السابق ينتهى بالنسبة للحائز سئ النية. أما إذا كان القانون الجديد يخفف من شروط القانون القديم فإن التقادم الذى لم يكن جائزاً يبدأ فى ترتيب أثره مع بدء نفاذ القانون الجديد، تحتسب بالتالى المدة السابقة

التى لم تكن قد توافرت لها الشروط وفقاً للقواعد السابقة.

**الثانى:** أنه بالنسبة لحساب مدة التقادم فيتعين التفرقة بين حالتين:

١ - إذا كان القانون الجديد قد اطال مدة التقادم فإن المدة الجديدة هى التى تطبق، على أن يدخل فى الحساب ما مضى من مدة فى ظل القانون السابق. ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لفكرة الأثر المباشر بالنسبة للأوضاع القانونية التى لم تكتمل.

٢ - إذا كان القانون الجديد قد خفض مدة التقادم فإننا ننظر فى المدة الباقية وفقاً للقانون السابق ونقارنها بالمدة المقررة الجديدة. فإذا كانت الاولى (المدة الباقية، وفقاً للقانون القديم) أطول من الثانية (المدة المقررة فى القانون الجديد) يتعين أن تحتسب المدة وفقاً للقانون الجديد. وهو تطبيق واضح لسريان القانون الجديد بأثر مباشر.

أما إذا كانت المدة الباقية وفقاً للقانون القديم أقصر من المدة الجديدة فإنه يتعين أن تكمل المدة وفقاً للقانون القديم. والحكمة من هذا الحل هو تلافى أن يضار مركز الحائز من تطبيق القانون الجديد إذ سيترتب عليه فى الفرض السابق إطالة المدة لا تقصيرها؛ وبمعنى آخر سيترتب على تطبيق القانون الجديد بأثر مباشر تطبيقه بأثر رجعى[1].

---

(١) شمس الدين الوكيل: النظرية العامة للقانون (طبعة أولى) ص ١٤٤ وما بعدها.

**٣ - حل مشكلات التنازع فى مسائل الاثبات:**

١٢٨- تنص المادة ٩ من القانون المدنى على أن «تسرى فى شأن الأدلة التى تعد مقدماً النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه اعداده».

والدليل هو وسيلة اثبات الحق حين يثور نزاع فى صدد وجوده أو مماطلة فى سبيل الوفاء بما يقابله من التزام. ويذكر نص المادة التاسعة سالفة الذكرالأدلة التى تعد مقدماً وهى الأدلة الكتابية، أى التى تعد كتابة سواء فى ورقة رسمية أو عرفية. ويطبق على هذه الأدلة، من حيث وجوبها ومن حيث صورتها، وطريقة اعدادها، القانون المعمول به وقت اعداد الدليل أى فى الوقت الذى كان يتعين فيه اعداده.

ومن هذا القبيل ما كان يتطلبه القانون المدنى من اعداد دليل كتابى إذا زادت قيمة التصرف على عشرة جنيهات، ثم صدر قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وقضى بأن الكتابة غير مطلوبة الا إذا زادت قيمة التصرف على عشرين جنيهاً ثم تم رفع هذا النصاب الى ٥٠٠ جنيه بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩. ففى مثل هذه الظروف تطبيق كل من القواعد المتتالية على الأدلة التى أعدت فى ظلها أو كان يجب أن تعد فى ظلها.

**٤ - حل مشكلات التنازع فى مسائل المرافعات المدنية والتجارية:**

١٢٩- نظم قانون المرافعات المشكلات الخاصة بتنازع القوانين على ضوء المبادئ العامة المستقرة فى هذا الشأن والتى تدور أساساً حول عدم رجعية القانون الجديد واقرار نفاذه بأثر مباشر، ولكنه أورد بعض الحالات التى تسمح بالأثر المستمر للقانون القيم.

**(أ) عدم رجعية القانون الجديد:**

نصت المادة الثانية من قانون المرافعات على أن ١ - كل أجراء من اجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً ما لم ينص على غير ذلك. ٢ - ولا يجرى ما يستحدث من مواعيد السقوط الا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها.

ومفاد هذا النص أن صحة الإجراء أو بطلانه يتحدد على ضوء القانون المعمول به وقت اتخاذه، كما أن مواعيد سقوط آثار اجراء معين لا تطبق الا من تاريخ العمل بالقانون الجديد.

**(ب) الأثر المباشر للقانون الجديد:**

نصت المادة الأولى من قانون المرافعات على أن «تسرى قوانين المرافعات على ما لم يكن فصل فيه من الدعاوى أو ما لم يكن تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها..» وبالتالى فإن القوانين الجديدة تسرى

على كل الاوضاع القانونية التى لم تكتمل فإذا حدث تعديل اجرائى أثناء السير فى الدعوى تعين اتخاذه وفقاً للقانون الجديد، وإذا عُدِّلَ الاختصاص بنظر الدعوى وجب إحالة الدعوى المنظورة الى المحكمة التى انعقد لها الاختصاص الجديد.

**(جـ) استثناء - يسمح بالاثر المستمر للقانون القديم:**

١٣٠- نصت المادة الأولى مرافعات على أن يستثنى من قاعدة الاثر الفورى للقانون الجديد حالات ثلاث، يستمر فيها سريان القانون القديم، وهذه الحالات هى:

- القوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد اقفال باب المرافعة فى الدعوى.

- القوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها.

- القوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت هذه القوانين ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق.

**٥ - حل مشكلات التنازع فى المسائل الجنائية:**

١٣١- أشرنا فيما سبق الى أنه يمتنع على المشرع فى المسائل الجنائية أن ينص على رجعية القانون، وقد ورد هذا التحديد صراحة فى نصوص الدستور. ومع ذلك فإن المتهم يستفيد من القانون الجديد الأصلح له رغم أن الجريمة قد سبق ارتكابها فى ظل قانون سابق.

وقد أوردت هذا الحكم وتفصيلات تطبيقه المادة الخامسة من قانون

العقوبات حيث جاء فيها: «يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها، ومع هذا إذا صدر بعد وقوع الفعل، وقبل الحكم فيه نهائياً، قانون أصلح للمتهم، فهو الذى يتبع دون غيره، وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية. غير أنه فى حالة قيام اجراءات الدعوى، أو صدور حكم بالادانة فيها، وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها».

ويتبين من النص السابق أن المشرع يفرق - فى صدد تطبيق القانون الاصلح للمتهم بأثر رجعى - بين فرضين:

**الفرض الأول - القانون الجديد يقضى بتخفيف العقوبة**

١٣٢- إذا صدر قانون يقضى بتخفيف العقوبة عما كانت عليه فى ظل القانون القديم فإن المتهم يستفيد من هذا التخفيف، ولكن المشرع اشترط لذلك ألا يكون قد صدر فى الدعوى الجنائية حكم نهائى. وبالتالى يستفيد المتهم إذا لم يكن قد صدر عليه أصلاً حكم ما، أو كان قد صدر عليه حكم غير نهائى أى قابل للطعن فيه بالمعارضة أو بالاستئناف.

**الفرض الثانى: القانون الجديد يقرر اباحة الفعل الذى كان مجرما:**

فى هذا الفرض يطبق القانون الجديد بأثر فورى فى جميع الحالات، حتى فى الحالات التى صدر فيها حكم نهائى وفقاً للقانون الملغى، حيث يوقف تنفيذ الحكم ويعتبر كأن لم يكن وتنتهى جميع آثاره الجنائية (ما لم يكن من القوانين التى صدرت لتطبق لفترة زمنية محددة).

# القسم الثانى

# نظرية الحـــق

# باب تمهيدى

## تعريف الحق وبيان خصائصه

## الفصل الاول

### تعريف الحق وبيان خصائصه(١)

١٣٣ - تعرضت فكرة الحق لكثير من المناقشات الفلسفية التى اتجه بعضها الى انكار الفكرة من أساسها واتجه البعض الآخر الى تدعيمها والإعلاء من شأنها. فقد كان التعريف الدارج للحق أنه مكنه أو سلطة يعترف بها القانون للفرد. وعلى هذا المعنى وجد الحق دفاعاً حماسياً من جانب أنصار القانون الطبيعى والمذهب الفردى، أما أنصار المدارس الواقعية والاجتماعية فقد وجدوا فى ذلك التعريف تشيع لنزعة فردية ترفضها عقيدتهم، فحاولوا هدم الفكرة واستبدالها نموذج آخر بها، تحل فيه فكرة المركز القانونى La situation juridque محل فكرة الحق، وتقوم فيه فكرة الواجب أو الوظيفة الاجتماعية مقام فكرة الاستئثار الفردى.

وقد تزعم حملة العداء للحق الشخصى بعض كبار فلاسفة القانون مثل العميد ديجى فى فرنسا وهانز كلسن فى النمسا، وقد أثمرت جهود

---

(١) راجع: عن تعريف الحق، حمدى عبد الرحمن، مقدمة القانون المدنى، ٢٠٠٢.

هؤلاء الفلاسفة فى إبراز كثير من الجوانب الجديدة لفكرة المركز القانونى الفردى فى علاقته بالقاعدة القانونية، كما أنها خففت من غلواء الفردية فى مفهوم الحقوق. غير أن هذه الجهود لم تؤد بحال من الأحوال الى القضاء على فكرة الحق التى ما زالت تمثل حقيقة قانونية أساسية تجد أنصارها بين أغلبية فقهاء القانون.

وقد تعرض تعريف الحق حتى بين أنصاره لكثير من الجدل، بين داع إلى التوسع فى تعريفها، ونصير لقصرها على حدود معينة. ومع تجاوز هذه المناقشات - التى لا مجال لها فى هذه الدراسة الموجزة - نستطيع أن نختار تعريفاً للحق مفادة أن الحق « سلطة يمنحهاالقانون لشخص معين تخوله الاستئثار بقيمة معينة» ولا يمكن الادعاء بأن تعريفاً كهذا يغطى كافة الجوانب المتعلقة بالموضوع. فالحقوق تتنوع، من حيث ما ترد عليه من قيم، ومن حيث مدى ما تخوله من سلطات، تنوعاً كبيراً. لذلك لن تكتمل الفكرة عن الحق الا بتحليل لعناصر التعريف، تحليل تظهر من خلاله الاختلافات الجزئية التى تخفيها نظرية كليه إقتضاها التعريف الجامع.

ويتميز الحق وفقاً للتعريف المشار اليه بعدة خصائص:

١ - أن الحق يعبر عن سلطة يعترف بها القانون، ونريد هنا أن نركز على خاصة الشرعية Legimitè أى التطابق مع قواعد النظام القانونى. وقد تستند هذه الشرعية إلى نص قانونى أو إلى حكم قضائى

أو الى الاتفاق. ويترتب على هذه الشرعية اعتبار الحق حجة على الكافة opposabilitè الذين يلتزمون بالتالى بواجب احترامه (حق الملكية). كما أن الحق قد يكون فضلاً عن ذلك ملزماً لشخص محدد بأداء معين (حق الدائنية) - كما يترتب على صفة الشرعية تمتع صاحب الحق بالحماية القانونية، وأهم تطبيقاتها الالتجاء الى القضاء عن طريق رفع الدعوى القضائية action en justice فالحق الذى لا تحميه دعوى لا يستحق أن يحمل هذا الوصف.

٢ - **أن الحق يفترض شخصاً يسند اليه هو صاحبه.** وقد يكون هذا الشخص إنساناً طبيعياً وقد يكون شخصاً معنوياً. ويتمتع **الأول** بقدرة إكتساب الحق أو التحمل بالالتزام لأنه مركز التنظيم القانونى فى المجتمع الذى يعيش فيه. وهو يتمتع بهذه القدرة منذ تمام ولادته حياً حتى وفاته. أما **الثانى**، وهو الشخص المعنوى، فهو مجرد تعبير عن اسناد تلك القدرة لتجمع من الأموال أو الأشخاص كمجرد وسيلة فنية لإعطاء هذا التجمع وجوداً قانونياً ييسر له سبيل التمتع ببعض القدرات القانونية مستقلاً عن الأفراد المكونين له.

٣ - **أن الحق يرد على قيمة معينة،** وقد تكون هذه القيمة شيئاً مادياً (عقار أو منقول) وقد تكون عملاً أو امتناعاً عن عمل يلتزم به الغير تجاه صاحب الحق (الالتزام باعطاء مبلغ من النقود، الالتزام بالغناء فى حفلة، الالتزام بتشييد عمارة، الالتزام بعدم المنافسة فى حى

معين . . . ) . وقد يكون محل الحق قيمة معنوية كالانتاج الفكرى، وأخيراً قد تكون قيمة لصيقة بشخص الانسان كحريته وشرفه وسلامة جسده .

٤ - أن السلطات التى يخولها الحق لصاحبه تعكس جميعها معنى الاستئثار والاختصاص بالقيمة محل الحق . وتتفاوت حدود هذه السلطات باختلاف الحقوق . ففى حق الملكية، الذى يختص بمقتضاه شخص بشئ معين يتخذ الاستئثار معنى التسلط المباشر على الشئ بما يسمح له بالتصرف فيه واستعماله واستغلاله فى أوسع الحدود . وفى حق الدائنية يتخذ الاستئثار معنى القدرة على التصرف فى الحق بالتنازل عنه أو نقله لشخص آخر . أما القيمة المعنوية، أو القيم اللصيقة بشخص الانسان فيضيق بالنسبة لها مضمون سلطة الاستئثار إلى حد كبير، حيث تتقيد حرية الشخص فى التصرف فيها إلى أبعد الحدود ، ويصبح أبرز ما فيها التزام الغير عموماً بعدم المساس بها ثم رد الفعل réaction الذى يرتبه القانون على هذا المساس. ............................

تلك كانت الخصائص الهامة للحق نستخلص منها أن للحق عناصر ثلاث هى **شخص الحق** ، **محل الحق** ، **الحماية القانونية**. وستكون هذه العناصر الثلاث محلاً لدراستنا التفصيلية عن نظرية الحق بعد الانتهاء من الفصل التمهيدى.

## الفصل الثانى

## انواع الحقـــــوق

١٣٤ - تنقسم الحقوق الى حقوق سياسية وحقوق مدنية، وتنقسم الحقـوق المدنيـة الى حقـوق عـامـة، وهى حقوق الشـخصيـة أو الحـقـوق اللصيـقـة بالشـخصيـة، وحقـوق خاصـة وتشـمل حقـوق الأسـرة والحقـوق المالية. كما أن من الحقوق ما يجمع بين جانب معنوى لصيق بالشخصية وجانب مالى يدخل فى عداد الثروة المالية للشخص كالحقوق الذهنية.

وإذ نظرنا الى هذه الحقـوق جمـيـعـاً من حيث استنادها إلى قيـمـة اقتصـادية من عدمـه لوجدنا أنها تنقسم الى حقـوق غيـر مـاليـة، وحقوق مـالية، وحقوق ذات طابع مختلط تجمع بين جانب مـالى وجانب معنوى. وسنتبع هذا التقسيم الثلاثى فى استعراضنا لأنواع الحقوق.

### المبحث الاول

### الحقوق غير المالية

#### المطلب الاول

#### الحقوق السياسية droits politiques

١٣٥- وهى حقوق تثبت للفرد بوصفه مواطناً فى الدولة، أى أنها تعبر عن نتـائج رابطة الانتـمـاء السـيـاسى بين الفـرد والدولة التى يعيش فـيـهـا، ومن قـبـيلهـا حق تولى الوظائف العـامـة، حق الانتـخـاب، حق الترشيح.. ويلاحظ على هذه الحقوق:

**أولاً:** أن بعضها قد يمنح استثناء لغير المواطنين كحق تولى الوظائف العامة.

**ثانياً:** أن بعضها الآخر يحمل طابع الواجب بحيث يتعين على الشخص أن يمارسها وإلا تعرض للعقاب كحق الانتخاب.

## المطلب الثانى

## حقوق الأسرة droit de famille

وهى حقوق تترتب على وجود الأسرة، حيث يتمتع بها الفرد بحكم الرابطة العائلية (الزواج أو القرابة) وتشمل حقوق كل من الزوجين قبل الآخر (السلطة الزوجية وما يتبعها من ميزات وأعباء..) الحقوق المرتبطة بالولاية الأبوية.

ويفضل بعض الفقهاء تسمية هذه الحقوق بالمراكز التنظيمة ويقصدون من هذه التسمية إلى التركيز على هيمنة النظام القانون على هذه المراكز واستئثاره بتنظيم آثارها على وجه يضعف من حرية إرادة الأفراد فى هذا الشأن. فالفرد فى داخل هذا المركز القانونى يتحمل النتائج التى يفرضها القانون والتى قد يغلب عليها طابع الواجب (روبير Roubier).

## المطلب الثالث

## حقوق الشخصية

## droits de la personnalitè

وهى حقوق تثبت للانسان بصفته كذلك، وقد أقرها القانون وحماها لورودها على قيم لازمة لوجود الانسان واستمراره فى المجتمع وتهدف جميعها الى حماية الكيان المادى (سلامة الجسد ) والكيان الأدبى للانسان.

وتتميز هذه الحقوق من حيث الحماية القانونية، بأن قدرة الاستئثار فيها لا تتضمن سلطة الاقتضاء الايجابى فى مواجهة شخص معين، بل تفرض على الغير بصفة عامة واجب الامتناع عن المساس بها، كالامتناع عن ايذاء جسم الانسان أو المساس بشرفه. لذلك يتخذ الجزاء صورة رد الفعل الذى يرتبه القانون على الاخلال بهذه الحماية وهو نشأة الحق فى التعويض. ويتضح من ذلك أن الحقوق اللصيقة بالشخص رغم انتفاء صفتها المالية إلا أنها قد تنشئ لصاحبها حقاً مالياً نتيجة للعدوان عليها.

كما تتميز الحقوق اللصيقة بالشخصية بامتناع انتقالها الى الورثة وبامتناع سقوطها أو اكتسابها بمضى المدة.

وتتعدد الحقوق اللصيقة بالشخصية بتعدد الجوانب التى يسبغ عليها القانون حمايته، ومع ذلك يمكن ردها جميعاً إلى حقين أساسين هما الحق فى حماية الكيان المادى للانسان والحق فى حماية كيانه الأدبى.

**أولاً - الحق في حماية الكيان المادي للإنسان: droit à l'intègritè**

١٣٦- الإنسان هو غاية التنظيم الاجتماعي لذلك كانت حمايته في كيانه المادي أمرا أساسياً تدور حوله نصوص القانون الجنائي. ومن أساسيات هذا القانون كفالة درع العدوان على كيان الشخص بتحريم القتل والضرب المفضي الى الموت والضرب المفضي الى العاهة المستديمة بل وتجريم مجرد الضرب البسيط الذي يلحق الضرر والألم بالمعتدى عليه كما أن القانون المدني يرتب للمضرور حقاً في التعويض عما يصيبه من أضرار، ويعبر عن سياج الحماية القانونية الذي يفرضه القانون حول جسم الانسان بمبدأ «حرمة الكيان المادي للانسان»[1].

غير أن تطور المدنية وما صاحبها من تغيرات اجتماعية وعملية وطبية أدى الى نشأة بعض المشاكل المتعلقة بوضع حدود للمبدأ المذكور، فهل يمكن المساس بجسم الانسان استثناء ولأسباب قد تقتضيها ظروفه الصحية أو النفسية أو العضوية، أو من أجل المصلحة العامة؟ ثم ما هي حدود سلطة الشخص نفسه في التصرف في جسده؟

---

(١) نص الدستور الدائم في المادة ٤٣ على أنه «لا يجوز اجرا تجربة علمية أو عملية على أي إنسان بغير رضائه الحر».

**حدود مبدأ حرمة جسم الانسان:**

**١ - التخفيف عن المبدأ نزولاً على مقتضيات الصالح العام:**

١٣٧- قد يجبر الانسان على الخضوع لاجراء يمس جسده نزولاً على مقتضى المصلحة العامة. فقد تتخذ الدولة مثلاً قرارات بالتطعيم الاجبارى ضد مرض وبائى. ففى مثل هذه الحالة لا مجال للاحتجاج بحرمة الجسد لرفض التطعيم، فالصالح الفردى يلتقى مع الصالح العام ويخضعان معاً للتقدير المطلق للسلطات الصحية. كما قد يفرض المشرع بعض الاجراءات بالنسبة لمدمنى المخدرات والمشروبات الروحية أو فى حالة التسمم الغذائى.

**٢ - التخفيف من المبدأ لاغراض التحقيق فى دعوى جنائية أو مدنية:**

١٣٨- يثور الاشكال بوجه خاص فى نطاق القانون الجنائى حيث توجد بعض الوسائل العلمية والفنية التى تساعد على الكشف عن الحقيقة، ولكن استخدامها يمثل مساساً بجسد الانسان وحريته.

**ومن قبيل ذلك استخدام مصل الحقيقة وجهاز كشف** الكذب... الخ. فقد يقال أن الصالح العام يغلب على الصالح الفردى وبالتالى يبرر الخروج على مبدأ حرمة جسم الإنسان، غير أن هذا المنطق

لم يكتب له الغلبة ومازالت تلك الوسائل غير جائزة، بيد أن المشرع يملك سلطة الخروج على مبدأ الحرمة المطلقة فى حالت استثنائية مثال ذلك القوانين التى تبيح تحليل دم السائق عقب حوادث المرور إذا اشتبه فى أن كان يقود السيارة فى حالة سكر.

أما فى القضايا المدنية فالمبدأ مطلق، غاية الأمر أن للقاضى أن يتخذ من رفض الشخص الخضوع لتحليل طبى - بناء على طلبه خصمه - قرينة على وهن دعواه.

**٣ - التخفيف من المبدأ لاعتبارات صحية:**

**١٣٩-** الأصل أن الطبيب لا يستطيع أن يجرى أية عملية جراحية بغير رضاء صاحب الشأن، بل رضاء هذا الأخير يجب أن يصدر بناء على علم كاف بحالته الصحية وبكافة النتائج المحتملة للعملية الجراحية، فإذا تعذر الحصول على موافقة المريض - كما لو كان فى حالة غيبوبة كاملة مثلاً - وجب الحصول على موافقة من يمثله - فإذا خالف الطبيب هذه التعليمات تعرض للمساءلة الجنائية فضلاً عن المساءلة المدنية (الحكم بالتعويض). ومعنى هذا استحالة اجراء العملية إذا رفضها المريض أياً كان نفعها بالنسبة له. وقد يثير هذا الرفض بعض المشاكل القانونية إذا تعلقت بإجراء العملية مصلحة للغير، كما هو الحال فى شأن اصابات العمل (فقد تؤدى العملية الى تخفيف العاهة أو ازالتها وبالتالى الى الاقلال من التعويض المستحق على عاتق رب العمل) ومع ذلك فلا يملك

القضاء سلطة اجبار الشخص عل الخضوع للعملية، ولكنه يستطيع فقط أن يقلل من التعويض المحكوم به إذا تيقن من تعسف المريض فى رفض العملية، خاصة حين تكون العملية قليلة الخطورة قليلة الايلام.

**٤ - التخفيف من المبدأ بناء على الاتفاق مع صاحب الشأن:**

١٤٠- يقضى مبدأ الحرية بعدم جواز التعامل فى جسم الانسان، وكل اتفاق يخالف هذا الحظر يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً. فحق الانسان على جسده لا يعكس سلطات للشخص على هذا الجسد بقدر ما يعكس تصميم القانون على حمايته ضد اعتداء الآخرين. لهذا كانت قدرات الشخص فى التصرف فى جسده، وما زالت، وفقاً للقوانين الحالية مقيدة إلى حد كبير، فلا يجوز للشخص بعمله الشخصى أن يعتدى على حياته.

(فتخلص الشخص من حياته غير جائز. كما لا يجوز للشخص أن يتفق مع غيره على القيام بذلك. فاتفاق المريض مع الطبيب على التخلص من الحياة نظراً لاستحالة الشفاء لا يؤثر على قيام جريمة القتل فى حق الطبيب).

ويخفف من هذا الحظر بعض الاستثناءات التى لا تتنافى مع الحكمة من تقريره، فالاتفاق مع الطبيب على بتر عضو لا أمل فى شفائه، أو اتفاق الرضاعة، ونقل الدم، والتعقيم، وعمليات نقل الاعضاء التى بدأت تنتشر نتيجة للتقدم العلمى (نقل الكلى.. نقل القلوب..الخ)

أصبحت جميعاً جائزة فى حدود الضمانات الكفيلة بعدم اساءة استخدامها[(١)].

ونستطيع أن تقرر، على ضوء ما سبق، أن تقدير مدى مشروعية الاتفاق يتم على ضوء اعتبارات متعددة أهمها: عدم المخالفة للنظام العام، ثم الهدف الذى يسعى إليه الاتفاق، وكذلك الفائدة المترتبة عليه.

وأخيراً فإن معنى كل ذلك أن وضع المشكلة، كما يبدو من القوانين الوضعية الحالية، لا يمثل آخر كلمة فى هذا الموضوع، فالباب مفتوح أمام مقتضيات التطوير العلمى والطبى.

**ثانياً: الحق فى حماية الكيان الادبى:**

١٤١- يتمتع الفرد بحماية القانون بالنسبة لكل ما يمس كيانه الأدبى كمشاعره وشرفه واسمه وأفكاره والمظاهر المختلفة لحريته كحرية الانتقال والسكن والمراسلة والزواج.. ويحرم القانون الجنائى بعض صور الاعتداء على هذه الحقوق (جرائم القذف والسب والتشهير) كما يكفل القانون المدنى للمعتدى عليه حق الحصول على التعريض الكاف.

---

(١) راجع: نص الفقرة ٣ من المادة ٢٤٠ من قانون العقوبات والتى نصت بمناسبة العقاب على كل من أحدث بغيره جرحاً أو ضرباً نشأ عنه قطع أو انفصال عضو أو فقد منفعته أو نشأ عنه كف البصر.... «وتكون العقوبة الأشغال الشاقة لمدة لا تقل عن خمس سنين إذا وقع الفعل المنصوص عليه فى الفقرة الأولى من طبيب بقصد نقل عضو أو جزء منه من إنسان حى إلى آخر. وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة إذا نشأ عن الفعل وفاة المجنى عليه. ويشترط لتوقيع العقوبات المنصوص عليها في الفقرة السابقة أن يقع الفعل المشار إليه فيها خلسة».

وقد شمل الدستور المصرى الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة أو غيرها من الحقوق والحريات العامة، بحماية مشددة من أهم مظاهرها ما نصت عليه المادة ٥٧ من الدستور من أن جرائم الاعتداء على هذه المقومات ودعاوى التعويض عنها لا تسقط بالتقادم وتكفل الدولة عنها تعويضاً عادلا. ومن أهم مظاهر حماية الحياة الخاصة، حماية خصوصيات الأفراد ومنع التعرض لها[١]، خاصة فى وسائل الاعلام، دون إذن من صاحب الشأن. وفى هذا الخصوص فإن حرية الإعلام تتسع كلما كان الشخص من الشخصيات العامة المشهورة دوليا أو محليا، وتضيق تلك الحرية بالنسبة للأشخاص العاديين. ولذلك يباح التعرض للحياة الخاصة، نقداً، بل وقذفا أحياناً، كلما كان ذلك متعلقاً بالحياة العامة للشخصية المشهورة أو العامة. وينطبق هذا المبدأ على المعلومات والبيانات المتعلقة بالشخصية، كما ينطبق على حق الإنسان على صورته، على نحو يحظر فيه نشر صورة الشخص بغير إذنه[٢].

---

(١) وهو ما يشمل حماية مراسلات الشخص وأسراره وحرمة مسكنه، وحماية حقه فى الشرف والاعتبار، وحماية مشاعره وعواطفه... الخ.

(٢) راجع المادة ١٧٨ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى شأن حماية حق الإنسان على الصورة.

## المبحث الثانى

## الحقوق الماليـــــة

١٤٢- يقصد بالحقوق المالية الحقوق التى يمكن تقديرها بالنقود، والتى تدخل بالتالى ضمن عناصر الثروة المالية للشخص، وتكون محلاً للمعاملات بين الأفراد.

وتنقسم الحقوق المالية الى نوعين: **الحقوق الشخصية والحقوق العينية**. وتنقسم الحقوق العينية بدورها الى نوعين: حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية.

تستند هذه التفرقة الى نوع القيمة التى يرد عليها الحق. فمحل الحق الشخصى هو عمل أو أمتناع عن عمل يلتزم به شخص معين. أما محل الحق العينى فهو شئ محدد. وقد تصاغ التفرقة السابق صياغة أخرى فيقال أن الحق العينى الأصلى يمثل سلطة مباشرة للشخص على شئ بذاته يمارسها بغير حاجة لوساطة شخص آخر (حق الملكية). فى حين أن الحق الشخصى هو رابطة بين شخصين تخول أحدهما (صاحب الحق) قدرة إقضاء عمل أو امتناع عن عمل من شخص آخر محدد (المدين بالحق أو من يتحمل الالتزام القانونى).

ووجود طرف ملتزم محدد فى الحق الشخصى يتوقف على سلوكه وأمانته استيفاء الدائن لحقه من عدمه، يؤدى الى تعرض هذا الأخير

لمخاطر أكثر مما يتعرض له صاحب الحق العينى الأصلى، ذلك أن أقصى ما يملكه صاحب الحق الشخصى (الدائن) هو الالتجاء الى القضاء للحصول على حكم يقوم بتنفيذه على أموال المدين، ولكنه يتعرض فى ذلك لمزاحمة غيره من دائنى المدين، وقد لا تكفى أموال هذا الأخير للوفاء بحقوقهم جميعاً فيضطرون الى قسمتها فيما بينهم قسمة غرماء. بمعنى أن توزع ثروة المدين عليهم لكل بحسب نسبة دينه إلى ديون الآخرين، نزولاً على مبدأ المساواة.

والدائن اليقظ من بين أصحاب الحقوق الشخصية يستطيع الاحتياط لنفسه بالحصول على ضمان، يتمثل فى حق يتقرر على مال معين من أموال المدين، ويخول له قدرة إستيفاء حقه من ثمن هذا المال بالأولوية على غيره من أصحاب الحقوق الشخصية.

ويسمى حق الضمان المشار اليه بالحق العينى التبعى (النوع الثانى من الحقوق العينية)، ويتخذ صفة العينية من كونه سلطة تتقرر للدائن على مال معين، ويتخذ صفة التبعية لأنه يتقرر ضماناً لحق آخر (الحق الشخصى). فهو لا يقوم لذاته، وبالتالى يدور مع الحق المضمون وجوداً وعدماً، فإذا انقضى هذا الأخير بالوفاء أو بمضى المدة مثلاً، انقضى الحق العينى التبعى[1].

---

(١) وقد يتقدم شخص غير المدين لضمان ما على المدين من التزام فيضم ذمته إلى ذمة المدين فيكون للدائن حق الضمان لا على جميع أموال المدين فحسب بل وعلى جميع أموال الضامن (وتسمى هذه الصورة بالكفالة الشخصية). وقد يقتصر الضامن على تقديم مال معين من أمواله لضمان الوفاء بالدين (وتسمى هذه الصورة بالكفالة العينية).

وينشأ الحق العينى، إما بمقتضى الاتفاق بين الدائن والمدين، وإما بمقتضى حكم قضائى يصدر لصالح الدائن وقد يقرره القانون مباشرة تقديراً منه لأهمية الدين.

وسنعرض فيما يلى لأنواع الحقوق المالية الثلاث السابقة.

## المطلب الأول

## أنواع الحقوق الشخصية

١٤٣- قلنا أن الحق الشخصى يرد على عمل معين وأن هذا العمل قد يكون إيجابياً يتمثل فى قيام المدين بعمل معين، وقد يكون سلبياً يتمثل فى التزام المدين بالامتناع عن القيام بعمل معين.

وتسمى العلاقة بين الدائن والمدين بحق الدائنية أو الحق الشخصى إذا نظر اليها من جانب الدائن، وتسمى بالالتزام إذا نظر إليها من جانب المدين. ويعتبر هذا التعبير الأخير أكثر شيوعاً فى الاستعمال من التعبير الأول. لذلك يستخدم الفقه لفظ الالتزام فى عرض أنواع الحقوق الشخصية، فيذكر أن الحق الشخصى يتفرع الى نوعين الالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل.

**أولاً - الالتزام بعمل:**

ويقصد به الحالة التى يلتزم فيه المدين بالقيام بعمل ايجابى معين كالتزام المقاول ببناء عمارة، والتزام الممثل بالتمثيل والتزام العامل بأداء ما التزم به والتزم الطبيب باجراء العلاج المتفق عليه، والتزام البائع بنقل

الملكية الى المشترى، والتزام المخطئ بتعويض المضرور عما أصابه من ضرر، والتزام المدين بمبلغ من النقود بالوفاء.. ويسمى الفقه بعض صور هذه الالتزامات الالتزام باعطاء. ويلاحظ أن العمل الذى يمكن أن يكون محلاً للحق الشخصى لا يقع تحت حصر، فأى عمل يمكن أن يكون محلاً للحق الشخصى بشرط أن يكون العمل ممكناً (أى غير مستحيل) ومعينا ومشروعاً.

**ثانياً - الالتزام بالامتناع عن عمل:**

قد يكون محل الحق التزاماً سلبياً، بمقتضاه يتعين على المدين أن يمتنع عن القيام بعمل معين. مثال ذلك التزام بائع المحل التجارى بالامتناع عن فتح محل منافس فى ذات الحى، والتزام العامل بالامتناع عن العمل فى شركات منافسة خلال مدة معينة بعد انتهاء مدة خدمته حفاظا على أسرار العمل، والتزام الممثل بالامتناع عن العمل لدى شركات أو مسارح منافسة خلال مدة تعقاده مع شركة أومسرح معين.

## المطلب الثانى

## انواع الحقوق العينية الاصلية

١٤٤- أشرنا فى تعريف الحق العينى الى أنه سلطة مباشرة للشخص على شئ معين، وتخول هذه السلطة لصاحب الحق قدرة التسلط على الشئ بغير حاجة لوساطة أحد، بحيث يستطيع أن يستخرج من هذا الشئ كل المنافع الممكنة.

والحقوق العينة الأصلية التى نظمها القانون المدنى المصرى تنحصر فى حق الملكية، وبعض الحقوق الأخرى المتفرعة عنه وهى حق الانتفاع، حق الاستعمال، وحق السكنى، حق الارتفاق، وحق الحكر.

**١ - حق الملكية:**

وهو أهم الحقوق جميعاً، حيث يخول لصاحبه، على الشئ محل الحق، أخطر السلطات، وهى التصرف والاستغلال والانتفاع. وقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٨٠٢ مدنى حين ذكرت أن «لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون، حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه».

فملكية المنزل مثلاً تخول لصاحبه قدرة سكناه (الاستعمال) وسلطة تأجيره (الاستغلال)، وسلطة التصرف فيه بالبيع أو الهبة أو الهدم.

ويقصد بالاستعمال مكنة استخدام الشئ والحصول على ما يقدمه من منافع لسد الحاجة الشخصية للمالك ولأسرته. فاستعمال المنزل يكون بسكناه، واستعمال السيارة يكون بركوبها. ويتميز الاستعمال بخاصتين أولاً: أنه لا يؤدى إلى استهلاكه، وإلا دخلنا فى دائرة التصرف لا الاستعمال. وثانياً أنه لا يؤدى الى الحصول على ثمار الشئ، لأن الحصول على الثمار يعد من قبيل الاستغلال لا الاستعمال.

**أما الاستغلال:** فيعنى القيام بالأعمال اللازمة للحصول على

ثمار الشئ. والثمار هى ما ينتجه الشئ بصفة دورية دون المساس بجوهرة. وقد تكون الثمار مادية كالمحاصيل الزراعية ونتاج الحيوانات، وقد تكون قانونية، وهى الدخل النقدى الذى يحصل عليه المالك لقاء استفادة شخص آخر بالشئ كالفوائد وأجرة الأرض أو المبانى.

**واخيراً سلطة التصرف:** وتعنى قدرة صاحب الحق على استهلاك الشئ محل الحق وذلك أما قانوناً باخراجه من ثروته بالبيع أو الهبة أو المقايضة، وأما مادياً باعدام الشئ أو التعديل فيه.

ويتميز حق الملكية بأنه لا يسقط بعدم الاستعمال مهما طالت المدة، بعكس الحقوق المتفرعة عنه كما سنرى.

**٢ - حق الانتفاع:**

هو سلطة تتقرر لغير المالك، وتخول لصاحبها استعمال الشئ واستغلاله. وبالتالى تتجزأ سلطات حق الملكية فيحتفظ المالك لنفسه بسلطة التصرف فى الشئ، ولكنه يتجرد من الاستعمال والاستغلال. ويتميز حق الانتفاع بأنه مؤقت ينتهى أما بموت المنتفع أو بانتهاء المدة المحددة فى الاتفاق (٩٨٥ مدنى وما بعدها)، كما أنه يسقط بعدم الاستعمال مدة خمسة عشر سنة. (ويسرى هذا الحكم الأخير بالنسبة لحقوق الاستعمال والسكنى والارتفاق والحكر).

**٣ - حق الاستعمال وحق السكنى:**

قد لا يمنح المالك للغير سوى سلطة الاستعمال فقط دون سلطة الاستغلال، وفى هذه الحالة تقتصر قدرة المستفيد على استخدام الشئ بما يسد حاجته وحاجة أسرته بحيث لا يجوز له الحصول من ثمار الشئ على ما يجاوز ذلك. وقد يحدد الاتفاق قدر الاستعمال على صورة معينة هى حق السكنى (إذا كان الشئ منزلاً) وفى هذه الحالة يمتنع على المستفيد أن يستخدم المنزل فى أى غرض آخر بأن يجعله مخزناً أو محلاً للتجارة مثلاً. وتعتبر حقوق الاستعمال أوالسكنى حقوق مؤقتة أيضاً تنتهى بأقرب أجلين وفاة المستفيد أو الأجل المحدد فى الاتفاق.

**٤ - حق الارتفاق:**

يعرف حق الارتفاق بأنه تكليف أو عبء يتقرر على عقار معين لمصلحة عقار آخر. ويسمى العقار الأول بالعقار الخادم ويسمى الثانى بالعقار المخدوم، والأصل أن هذا الحق غير مؤقت حيث يبقى ما بقى العقار ولكنه قد ينقضى بمضى مدة معينة يحددها الاتفاق المنشئ له، كما أنه ينقضى باجتماع العقارين فى يد مالك واحد لأن حق الارتفاق لا يتقرر الا على ملك الغير، وأخيراً ينقضى الارتفاق بهلاك أحد العقارين هلاكاً تاماً (م ١٠٢٦ مدنى) ومن أمثلة حقوق الارتفاق حق ارتفاق الصرف والرى والمرور وعدم التعلية...الخ.

**٥ - حق الحكر:**

هو حق عينى أصلى يتقرر لشخص على أرض الغير، وذلك فى مقابل التعهد باصلاح الأرض بالنباء عليها أو غرسها أو زرعها ودفع أجرة لا تقل عن اجرة المثل. ويخول هذا الحق لصاحبه سلطة الانتفاع بالأرض طول مدة الحق، كما تبقى له ملكية ما يقيم على الأرض من بناء أو غراس.

ويتميز حق الحكر كما نظمه القانون المدنى (م٩٩٩ وما بعدها) بعده خصائص:

(١) أنه لا يتقرر إلا على أرض موقوفة[١].

(٢) أنه حق مؤقت بمدة لا تزيد عن ٦٠ سنة وإذا مات المستفيد قبل انقضاء المدة انتقل الحق الى الورثة.

(٣) أنه لا يتقرر الا بناء على إذن المحكمة ولضرورة أو مصلحة تقدرها.

(٤) أن يصدر به عقد رسمى يتم شهره وفقاً لأحكام الشهر العقارى.

### المطلب الثالث

### انواع الحقوق العينية التبعية

١٤٥- أشرنا فيما سبق إلى أن الحق العينى التبعى يتقرر ضماناً للحق الشخصى فهو يهدف الى درء الخطر عن الدائن عند تزاحم الديون

(١) وقد فقد أهميته بالغاء الأوقاف الأهلية وتصفية ما بقي منه بالنسبة للأوقاف الخيرية.

بما يجاوز ثروة المدين. وأشرنا إلى أن من هذه الحقوق ما ينشأ بمقتضى الاتفاق ويشمل الرهن الرسمى والرهن الحيازى، ومنها ما يتقرر بحكم من القضاء وتشمل حق الاختصاص، ومنها ما يستند الى القانون مباشرة ويشمل حقوق الامتياز.

**١ - الرهن الرسمى:** Hypothèques ويتقرر بمقتضى الاتفاق بين الدائن والمدين بمقتضى عقد رسمى يقوم بتحريره الموظف المختص بمكتب التوثيق ، يرد على العقار دون المنقول، وتبقى فيه الحيازة للمدين الراهن. ولا يحتج به على الغير الا إذا قيده فى الشهر العقارى ومن وقت القيد. ويخول للدائن سلطة التقدم فى استيفاء حقه قبل غيره من الدائنين العاديين والمرتهنين الاحقين عليه، كما يخوله سلطة تتبع العقار فى أى يد تكون طالما أن قيد الرهن تم قبل انتقال ملكية هذا العقار إلى الغير.

**٢ - الرهن الحيازى:** Gage وينشأ بدوره بمقتضى الاتفاق، ولا يشترط أن يتم هذا الاتفاق فى ورقة رسمية بل يكفى أن يتراضى الدائن والمدين على انشاء الحق. ويرد هذا الحق العينى التبعى على العقار والمنقول على حد سواء، ويجب أن تنتقل فيه حيازة المال المرهون الى الدائن المرتهن (الذى يلتزم بادارته والمحافظة عليه واستثماره لحساب المالك).

ويخول الرهن الحيازى للدائن سلطة التقدم والتتبع على النحو الذى أشرنا اليه فى صدد الرهن الرسمى، ولكنه لا يكون نافذاً فى حق الغير إلا إذا توافر شرطان:

**الشرط الأول:** انتقال الحيازة الى الدائن كما سلف القول.

**والشرط الثاني:** يتوقف على نوعية المال الذى يرد عليه الرهن فإن كان عقاراً وجب قيده فى الشهر العقارى، وان كان منقولاً مادياً وجب اثباته فى ورقة ثابته التاريخ، وفى كلتا الحالتين تتحدد مرتبة الرهن من تاريخ قيده أو من التاريخ الثابت.

**٣ - حق الاختصاص:** droit d'affectation وهو حق عينى تبعى ينشأ بمقتضى أمر قضائى ويرد على العقارات فقط (كالرهن الرسمى). ويشترط لكى يصدر القاضى أمره بتقرير الحق على عقار أن يكون بيد الدائن حكم واجب النفاذ. وتظل حيازة العقار رغم صدور الأمر للمدين، فلا تنتقل للدائن ويجب على الدائن المستفيد أن يقوم بقيد الأمر فى الشهر العقارى حتى يمكن الاحتجاج به على الغير من تاريخ هذا القيد. ويخول حق الاختصاص لصاحبه مكنتى التقدم والتتبع.

**٤ - حق الامتياز:** privilèges يقدر القانون أن هناك من الديون ما يحتاج الى رعاية خاصة نظراً لصفة فيها (كديون النفقة وديون الخزانة العامة..) فيقرر لهذه الديون أولوية فى الوفاء تضمن لأصحابها ميزة التقدم على غيرهم من الدائنين حال تزاحمهم. وتنشأ حقوق الامتياز بمقتضى نصوص قانونية، وتنقسم الى قسمين حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة.

وترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من عقار ومنقول، فيجوز للدائن أن ينفذ على أى مال منها لاستيفاء حقه، ولكن التنفيذ المشار اليه لا يجوز الا بالنسبة للأموال القائمة فى ذمة المدين عند إجرائه. ذلك أن حقوق الامتياز العامة تخول لصاحبها ميزة التقدم دون ميزة التتبع. ومن قبيل حقوق الامتياز العامة حق الامتياز المقرر للحكومة ضماناً للمبالغ المستحقة للخزانة العامة. ولا يشترط القيد للاحتجاج بهذه الحقوق على الغير.

أما حقوق الامتياز الخاصة فإنها تتقرر على مال معين - عقاراً كان أم منقولاً - من أموال المدين، وتخول لصاحبها مكنتى التقدم والتتبع. وإذا تقرر حق الامتياز على عقار سمى الامتياز الخاص العقارى، وفى هذه الصورة لا ينفذ الحق فى مواجهة الغير إلا إذا تم شهره بطريق القيد. وإذا تقرر الحق على منقول سمى بالامتياز الخاص المنقول، وفى هذه الصورة لا يحتج بحق الامتياز على من انتقل اليه المنقول وكان حسن النية (م ١١١٣ مدنى).

## المبحث الثالث

## حقوق الملكية الفكرية

### حق المؤلف

١٤٦ - يطلق وصف الحقوق الفكرية على ما يخوله القانون لشخص من سلطات على نتائج فكرة وعقله كحق المؤلف على أفكاره، وحق الفنان على فنه من موسيقى أو رسم.. الخ، وحق المخترع على مخترعات.

وتتميز هذه الحقوق بكونها تجمع بين جانبين جانب معنوى تمثله الفكرة التى ابتكرها المؤلف أو الفنان، وجانب مالى تمثله القيمة المالية لهذه الفكرة. واعتباراً لهذا الجانب الاخير اعتبرت هذه الحقوق من حقوق الذمة المالية، واعتبار للجانب الأول اعتبرت هذه الحقوق من الحقوق اللصيقة بالشخصية. .ونظراً لاجتماع الجانبين فى ذات الحق الواحد اعتبرت الحقوق الذهنية طائفة مستقلة ذات طبيعة مزدوجة. وقد نظم المشرع المصرى هذا الموضوع بعده تشريعات منها القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ فى شأن حماية حق المؤلف (المعدل بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢) والذى ألغى وحل محله القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

وسنعرض فيما يلى لبيان المقصود بحق المؤلف ثم لمضمون هذا

(١) راجع: أحمد سلامة، السابق، ص ٣٠٠ وما بعدها.

الحق فى جانبيه الأدبى والمالى، ثم لحمايته، على ضوء أحكام القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

## المطلب الأول

## المقصود بالحق الذهنى

١٤٧- يرد حق المؤلف على انتاج ذهنى مبتكر، سواء فى مجال العلوم أو الآداب، أو الفنون.. فمحل الحق لابد أن يكون من انتاج الذهن ولا يهم بعد ذلك طريقة التعبير عن هذا الانتاج، فقد يعبر المؤلف عن انتاجه بالحركة كالرقص والتمثيل، أو بالصوت كالغناء والموسيقى أو بالالقاء أوبالرسم أو التصوير أو النحت، أو الكتابة.

فوسيلة التعبير يمكن أن تتنوع، ولكن الشرط الاساسى أن يتم التعبير فعلاً عن الانتاج الذهنى، أى أن يخرج حيز الوجود.. فالافكار الكامنة فى النفس بغير التعبير عنها لا تستحق حماية القانون. ويشترط فضلاً عن ذلك أن يكون الانتاج مبتكراً، ولا يقصد بذلك الجدة المطلقة، بل المقصود أن يكون المؤلف قد أضاف جديداً ليبرز شخصيته، وبالتالى يتراوح شرط الابتكار بين الاختراع الجديد كل الجدة، وبين مجرد التجديد فى طريقه العرض أو التأصيل أو الاسلوب، لذلك اعتبرت الترجمة جديرة بحماية القانون بالنسبة للمترجم، سواء اكتفى المترجم بالترجمة أو تجاوز ذلك الى التلخيص أو التعليق. كما قد تنصرف الحماية القانونية الى مجرد تجميع بعض الموضوعات كالشعر أو الموسيقى

أو القوانين أو الأحكام القضائية إذا تضمن العمل تجديداً يعبر عن ابداع المؤلف وشخصيته المتميزة... الخ.

ففي كل هذه الصور يتخذ الابتكار معنى أن يبذل المؤلف من جهده ما يفصح عن شخصيته أو فنه.

### المطلب الثانى

### مضمون الجانب الادبى لحق المؤلف

١٤٨- يمثل الجانب الادبى بالنسبة للمؤلف قيمة معنوية تعبر عن عقليته وأفكاره، لذلك اعتبر الحق الذهنى فى جانبه الادبى لصيقاً بشخص الانسان بحيث يتعين تحديد سلطاته عليه على ضوء هذا الاعتبار. ويترتب على ذلك إعطاء المؤلف الحرية الكاملة فى تقرير نشر المؤلف أو الامتناع عنه فإذا قدر أن فى فكرته أو اختراعه مالا يصلح للنشر أو ما يمس سمعته الادبية أو الفنية فلا يمكن اجباره على النشر حتى ولو كان قد باع حقوق الاستغلال المالى للغير.. وكل ما يستطيعه هذا الأخير هو أن يطلب تعويضاً عما يصبه من ضرر نتيجة الامتناع عن النشر.

وقد نصت المادة ١٤٣ من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أن يتمتع المؤلف وخلفه العام على المصنف بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها وتشمل هذه الحقوق ما يلى:

**أولا:** الحق فى اتاحة المصنف للجمهور لأول مرة.

**ثانيا:** الحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفـــــه.

**ثالثا:** الحق فى منع تعديل المصنف تعديلا يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له، ولا يعد التعديل فى مجال الترجمة اعتداء إلا إذا أغفل المترجم الاشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته.

وتبقى سلطة المؤلف على مؤلفه بعد نشره، فله وحده أن يجرى عليه ما يراه من تعديلات، كما أن له أن يسحبه من التداول.. وتبقى سلطته فى تقدير ملاءمة السحب أو التعديل كاملة بغير قيد الا فى حالة سبق التصرف فى حقوق الاستغلال المالى.. ففى هذه الحالة أوجب القانون أن يتم التعديل أو السحب تحت رقابة المحكمة الابتدائية (م ١٤٤ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢) التى تتحقق من وجود أسباب جدية تستوجب السحب أو التعديل، ويجب أن يحكم لمن آلت اليه حقوق الاستغلال المالى بتعويض عادل عما يصيبه من ضرر، وأن تحدد المحكمة أجلاً لدفع التعويض خلاله وإلا زال الحكم بأثر رجعى.

## المطلب الثالث

## مضمون الجانب المادى لحق المؤلف

١٤٩- قلنا أن الحق المؤلف جانباً مادياً هو القيمة الاقتصادية التى يمثلها ويدخل هذا الجانب ضمن عناصر ثروته المالية، فهو غير لصيق بشخصيته. وترتب على ذلك خضوع الحق الذهنى فى جانبه المالى للتصرف، فلصاحبه أن يستغله بما يعود عليه بالنفع المالى، وله أن يتنازل عن حق استغلاله بمقابل أو بغير مقابل[1].

وقد تطلب القانون أن يكون التصرف فى حق المؤلف **مكتوباً** وإلا اعتبر التصرف غير قائم وأن يشتمل الاتفاق على محل التصرف ومداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه (م ١٤٩ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢).

وقد خولت المادة ١٥٠ من القانون ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ الحق فى أن يتصرف فى حقوق الاستغلال المالى وأن يتقاضى المقابل النقدى أو العينى الذى يراه عادلا، سواء على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد أو

---

(١) تنص المادة ١٤٧ من القانون ١٤٧ لسنة ٢٠٠٢ على أن يتمتع المؤلف، وخلفه العام من بعده، بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأي وجه من الوجوه وبخاصة عن طريق النسخ أو البث الاذاعى أو اعادة البث الاذاعى أو الأداء العلنى أو التوصيل العلنى، أو الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الاعارة أو الاتاحة للجمهور بما فى ذلك اتاحته عبر أجهزة الحاسب الآلى أو من خلال شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات وغيرها من الوسائل».

فى مقابل مبلغ جزافى أو بالجمع بين هذين الأساسين. كما أعطت المادة ١٥١ للمؤلف الحق فى أن يلجأ للمحكمة الابتدائية للنظر فى الاتفاق الذى يكون قد أبرمه إذا تبين له أن هذا الاتفاق مجحف بحقوقه، أو أنه أصبح كذلك لظروف طرأت بعد التعاقد.

**مصير الحق المالى بعد وفاة المؤلف:**

١٥٠- يمثل الحق المالى للمؤلف عنصراً من عناصر الذمة المالية، وبالتالى ينتقل إلى الورثة بعد الوفاة. لذلك كان من الطبيعى أن يكون للورثة وحدهم مباشرة حقوق الاستغلال المالى. والأصل أن تنتقل حقوق الاستغلال المالى إلى الورثة كل بحسب نصيبه فى الميراث وفقا للقواعد القانونية المعمول بها فى الدولة، ويجوز للمؤلف أن يحرر وصية تتعلق بحقوق الاستغلال المالى لمصنفه[١].

---

(١) «وبعد وفاة المؤلف يكون لورثته وحدهم الحق فى مباشرة حقوق الاستغلال المالى. فإذا كان المصنف عملا مشتركا وفقا لأحكام هذا القانون، ومات أحد المؤلفين بلا وارث أو موصى له، فإن نصيبه يؤول إلى المؤلفين المشتركين أو خلفهم، ما لم يوجد اتفاق كتابى يخالف ذلك» (م ١٧٤).

## المطلب الرابع

## حماية حقول المؤلف

١٥١- وضع المشرع تنظيما خاصا لحماية حقوق المؤلف من الناحيتين المدنية والجنائية، وذلك بالاضافة إلى ما تقتضيه القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية. كما نص قانون حماية حقوق المؤلف على حكم خاص بالحجز على هذا الحق.

ونعرض فيما يلى لكل من هذه المسائل على التوالى.

**أولا: الحماية المدنية لحقوق المؤلف:**

**١٥٢-اتخاذ الإجراءات التحفظية، وقف الاعتداء، والتعويض** عن الأضرار:

رسم المشرع فى المادة ١٧٩ من قانون حماية الملكية الفكرية طريقاً فعالاً يستطيع صاحب المصنف أن يلجأ إليه لدفع أى اعتداء على حقوقه.

فقد نصت المادة ١٧٩ من القانون على أن للمؤلف أن يلجأ إلى رئيس المحكمة المختصة ليستصدر أمراً على عريضة لوقف الأضرار التى لحقت به من جراء الاعتداء أو لحصر هذا الضرر حفاظاً على حقوقه. ويتمثل الاعتداء الذى يستوجب هذه الإجراءات فى نشر المصنف أو عرضه بغير إذن كتابى من المؤلف، أو ممن يخلفه، بالمخالفة لأحكام القانون.

١٥٣- ويتضمن الأمر على عريضة أحد الإجراءات التالية (م ١٧٩):

- إجراء وصف تفصيلي للمصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى.

- وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتي أو البرنامج الاذاعى أو عرضه أو نسخه أو صناعته.

- توقيع الحجز على المصنف الأصلى أو نسخه.. وكذلك المواد التى تستعمل فى اعادة نشر هذا المصنف أو الأداء أو استخدراج نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إلا لاعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى.

- اثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية.

- حصر الايراد الناتج من استغلال المصنف، وتوقيع الحجز على هذا الإيراد فى جميع الأحوال.

ولرئيس المحكمة الابتدائية فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ وأن يفرض على الطالب ايداع كفالة مناسبة[1].

---

(١) أجازت المادة ١٨٠ من القانون «لذوى الشأن الحق فى أن يتظلم منه أمام رئيس المحكمة خلال ٣٠ يوما من صدور الأمر أو اعلانه بحسب الأحوال وفى هذه الحالة، لرئيس المحكمة بعد سماع أقوال طرفى النزاع أن يقضى بتأييد الأمر أو الغائه كليا أو جزئيا أو بتعيين حارس تكون مهمته اعادة نشر المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الاذاعى أو استغلاله أو عرضه أو صناعته أو استخراج نسخ للمصنف محل النزاع على أن يودع الايراد الناتج فى خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى أصل النزاع من المحكمة المختصة.

ويتعين على الطالب أن يرفع أصل النزاع إلى المحكمة المختصة فى خلال الخمسة عشر يوما التالية لصدور الأمر فإذا لم يرفع فى هذا الميعاد زال كل أثر له. ومفاد هذا الحكم الأخير أن عدم رفع الأمر إلى المحكمة المختصة يؤدى إلى زوال الحجز وعودة النشر إلى ما كان عليه قبل صدور أمر رئيس المحكمة الابتدائية.

**ثانيا: الحماية الجنائية:**

١٥٤- نظمت الحماية الجنائية المادة ١٨١ من قانون حماية الملكية الفكرية حيث نصت على أن: «مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد فى قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

**أولا** - بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى محمى طبقاً لأحكام هذا القانون، أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

**ثانيا** - تقليد مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار مع العلم بتقليده.

**ثالثا** - التقليد في الداخل لمصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى منشور فى الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده.

**رابعا** - نشر مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج اذاعى أو أداء محمى طبقاً لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلى أو شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابى مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

**خامسا** - التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأى جهاز أو وسيلة أو أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

**سادسا** - الاعتداء على أى حق أدبى أو مالى من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها فى هذا القانون.

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الاذاعية أو الأداءات محل الجريمة.

وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه.

وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة فى ارتكابها.

ويجوز للمحكمة عند الحكم بالادانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب الجريمة مدة لا تزيد على ستة أشهر. ويكون الغلق وجوبيا فى حالة العود فى الجرائم المنصوص عليها فى البندين ثانيا، وثالثا) من هذه المادة.

وتقضى المحكمة بنشر ملخص الحكم الصادر بالادانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه».

**ثالثا: الحجز على حق المؤلف:**

١٥٥- يصدر المصنف عن النشاط الذهنى لصاحبه، لذلك فإن لحظة وجوده هى لحظة توافر عنصر الابتكار. فمنذ توافر الخلق الفنى أو الأدبى أو العلمى يتحقق للمصنف وجوده الكامل. والمهم فى هذا الصدد هو أن الحق يوجد قانونا حتى قبل ممارسة المكنات التى يخولها لصاحبه[1] خاصة مكنة النشر، ويظل الحق موجودا ولو لم يقم المؤلف بنشره أصلا.

لذلك كان من المنطقى، استناداً إلى الفكرة السابقة، أنه إذا توفى المؤلف قبل النشر انتقلت مكنة النشر إلى الورثة، فيصبح لهم الاختيار بين تقرير نشر المصنف من عدمه، وذلك فى حدود احترام ما قد يكون للمؤلف من رغبات خاصة، على النحو الذى سبق أن عرضنا له.

وتثور فى هذا الصدد، **مسألة جواز الحجز على المصنف**، وما هى المرحلة التى يجوز فيها هذا الحجز.

ابتداء، لابد أن نستعيد أن لحق المؤلفين جانباً مادياً وجانباً معنوياً. ويقرر الفقه أن الجانب المعنوى لا يجوز الحجز عليه، فالمؤلف

---

(١) راجع: توفيق فرج، المدخل، رقم ٣١٧، ص ٥٣٣.

وحده هو صاحب الحق فى تقرير نشر مصنفه من عدمه، وهى مكنة تخرج عن نطاق التعامل، ولكونها لصيقة بشخصية المؤلف. وبالتالى لا يجوز الحجز عليها بقصد بيع المصنف ونشره رغم إرادة صاحبه(١).

أما إذا قرر المؤلف نشر مصنفه فقد باشر إحدى مكنات حقه الأدبى (تقرير النشر) وأصبح أمر الجانب المالى مطروحاً على ساحة المعاملات المالية. وبمعنى أخر بعد قرار النشر يصبح الحق المالى قائماً، ويصبح من المتصور تجويز الحجز عليه(٢). ومع ذلك فقد جاء نص المادة ١٥٤ من قانون حماية الملكية الفكرية علاى النحو التالى: «يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين على المنشور أو المتاح للتداول من مصنفاتهم، ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يتوفى صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته كانت قد انصرفت إلى نشرها قبل وفاته».

ومفاد هذا النص أن القانون لا يجيز اثبات أن المؤلف قد قرر نشر مصنفه توسلا إلى توقيع الحجز على الجانب المالى، فقد حصرت المادة

---

(١) راجع: أحمد سلامة، نظرية الحق (١٩٧٤)، رقم ١٧٤، ص ٣١١ و٣١٢، توفيق فرج، المدخل، رقم ٣١٤، ص ٥٥٤، وراجع عبد الرشيد مأمون، الحق الأدبى للمؤلف، ص ٢٤٢ ومابعدها، والمراجع التى أشار إليها، موسوعة دالloz، المرجع السابق، رقم ١٥٩.

(٢) راجع: ديبوا، حق المؤلف، رقم ٣٩١، ص ٤٣٣ و٤٣٤، الذى يوضح هذه المسألة بالاشارة إلى أن هناك مرحلتين مستقلتين: الأولى هى مرحلة ما قبل قرار النشر ومرحلة ما بعد القرار. فمنذ اللحظة التى يتخذ فيها المؤلف قراره بالنشر ينفصل المصنف عن شخصيته ويلحق بذمته المالية حتى قبل ابرام عقد يتعلق بهذا النشر.

١٥٤ أمر الحجز فى النسخ التى تم نشرها أو المتاحة للتداول[١] فعلا. أي أن المشرع قد دفع بمسألة الحجز إلى مرحلة أبعد من مرحلة مجرد قرار النشر. وبالتالى يكون المشرع قد غلب، بصفة كاملة، اعتبارات الحق الأدبى على اعتبارات وجود الجانب المالى، وذلك بتأجيله امكانية الحجز إلى مرحلة النشر الفعلى مادام المؤلف حياً.

والنص، على النحو السابق، يقطع الطريق أمام أية منازعة فى هذا الصدد.

وإذا تم نشر المصنف فعلا، وتم توقيع الحجز على النسخ المنشورة، فلا يجوز للدائنين اعادة طبع المصنف[٢] بقصد الحجز على النسخ الجديدة[٣].

---

(١) راجع: نقض مدنى ١٢ مايو سنة ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض ١٩٦٦ رقم ١٥١، ص ١١١٤، عبد الودود يحيى، دروس فى المدخل ص ٢٢٧، عبد المنعم البدراوى، المدخل للقانون الخاص (١٩٥٧)، رقم ٢٦٨، ص ٣٦٨.

(٢) راجع وقارن: رمزى سيف، حيث يرى جواز التنفيذ بإعادة طبع المصنف ونشره ما لم يكن للمدين اعتراض مقبول من الناحية العلمية أو الأدبية: تنفيذ الأحكام والمحررات الموثقة، ط ١٩٦٨ و١٩٦٩، رقم ١٤٠ ص ١٣٤. ويلاحظ أن للمؤلف أن يسحب مصنفه من التداول وله أن يدخل عليه التعديلات اللازمة لحماية سمعته وذلك تحت رقابة القضاء، راجع موسوعة داللوز، السابق، رقم ١٥٩.

(٣) راجع: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٢٥، ص ٣٩٣، عبد الرشيد مأمون، الرسالة السابقة، ص ٢٥٠ ومابعدها.

## الفصل الثالث

## مصادر الحـــــــق

sources des droits

١٥٦ - الحق سلطة يخولها القانون للشخص على قيمة معينة. هذا الحق هل هو ميزة مكتسبة أى تطرأ على الشخص أثناء حياته فتغير من حالته الشخصية أو المالية، أم أنها تلحق به منذ وجوده؟.. من العرض السابق لأنواع الحقوق يتضح أن منها ما يتمتع به الفرد استناداً الى صفة دائمة فيه لا تتغير، تلازمه منذ ولادته، كصفة الانسانية وانتمائه الى دولة معينة.. أو ارتباطه برابطة القرابة بأفراد اسرته.. وهذه الحقوق هى الحقوق اللصيقة بشخص الإنسان والحقوق السياسية، وحقوق الاقارب. ويعتبر القانون مصدراً مباشراً لهذه الحقوق، حيث يتمتع بها الفرد بمجرد توافر الصفة مناط اكتساب الحق، بغير حاجة إلى توافر سبب خاص اضافى لاكتسابها، فهى حقوق دائمة وليست طارئة. فكل فرد منذ ولادته يتمتع بالصفة الإنسانية، وينتمى (عادة) إلى دولة معينة، وينتمى بالقرابة لأفراد أسرة معينة.

ومن الحقوق - الحقوق الأخرى عدا الانواع السابقة - ما يطرأ أثناء حياة الشخص أى يكتسبه الفرد فتتغير باكتسابه صورة حالته الشخصية أو المالية، وهنا يثور السؤال عن كيفية وسبب حدوث هذا التغيير؟

لو تصورنا توقف حركة النشاط القانونى بين الأفراد للحظة معينة،

ثم نظرنا الى صورة الاوضاع القائمة بينهم فى وضع ثابت لا يتغير لوجدنا أن بعضهم يتمتع بحقوق معينة، كحقوق الرابطة الزوجية والحقوق الشخصية، وأن البعض الآخر قد لا يتمتع ببعض أو بكل هذه الحقوق.. ولكى تتغير هذه الصورة بحيث يصبح غير المالك مالكاً مثلاً، ولكى تنشأ علاقة دائنية بين شخصين لم تكن تربطهما هذه العلاقة من قبل، ولكى يتمتع زيد من الناس بحقوق الرابطة الزوجية، لابد أن يطرأ سبب خاص فيحدث فى العلاقات القائمة هذا التغيير. هذا السبب هو ما نسميه بمصدر الحق، ويقسمه الفقه إلى نوعين: **التصرف القانونى والواقعة القانونية.**

**التصرف القانونى:** ويمكن تعريفه بأنه عمل إرادى يتجه الى إحداث آثار قانونية معينة تغير فى الأوضاع القانونية القائمة. وقد يكون العمل الارادى من جانب واحد، كما هو الحال فى الوصية، وقد يكون من جانبين أو أكثر كما هو الحال فى العقود عموماً، كعقود البيع والايجار والمقايضة والهبة.. الخ.

ويلاحظ أن جوهر التصرف القانونى هو الارادة التى يستند اليها، لذلك يشترط القانون شروطاً معينة فى هذه الارادة حتى يمكنها أن تنتج الآثار التى يعتد بها.. فيجب أن توجد الارادة أصلاً، فإن وجدت وجب أن تخلو من عيوب الغلط والاكراه والتدليس والاستغلال وأن يكون صاحبها متمتعاً بأهلية إتيان التصرف القانونى.

**الواقعة القانونية:** وهى حدث مادى يرتب عليه القانون نتائج معينة تحدث بدورها تغيراً فى الاوضاع القانونية القائمة. وقد تكون الواقعة من فعل الطبيعة، كهبوب العواصف أو الفيضان أو الوفاة الطبيعية، وقد تكون من فعل الإنسان كالاعتداء على مال الغير أو على شخصه.. ويرتب القانون على مثل هذه الوقائع آثاراً معينة بغض النظر عن اتجاه إرادة صاحبها أو عدم اتجاهها الى تحقيق تلك الآثار.. فالوفاة يترتب عليها انتقال الأموال بالميراث، والاعتداء على شخص الغير أو على أمواله يؤدى الى الزام المعتدى بالتعويض.. فالآثار المشار اليها تترتب بمجرد الحدوث المادى للواقعة القانونية.

## الباب الأول

## شخص الحـــــق

١٥٧- سبق أن أشرنا إلى أن الحق يفترض شخصا يسند إليه، وأن هذا الشخص قد يكون إنساناً، وقد يكون كياناً آخر اقتضت الضرورة الاعتراف له بالشخصية القانونية، أى بالقدرة على مباشرة الحياة القانونية وهو ما يسمى بالشخص الاعتبارى أو المعنوى. . وسنعرض لكل من النوعين فى مبحث مستقل.

## الفصل الأول

## الشخص الطبيعى

١٥٨- يتمتع الشخص الطبيعى بالشخصية القانونية منذ وجوده، ومعنى ذلك قابليته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. . ووجود الإنسان فى مجتمع يعج بأمثاله، وافتراض قيامه بممارسة النشاط القانونى، توجب أن تقترن شخصيته بما يميزها عن غيرها من ناحية، وأن توضع لها، من ناحية أخرى، الأحكام المنظمة لمدى القدرة على التصرف بما ينتج آثاراً قانونية معترف بها. وسنعرض فى المطالب التالية لمسائل ثلاث: الأولى، بدء الشخصية القانونية وانتهائها بالنسبة للشخص الطبيعى، مميزات الشخصية، وهى الاسم والحالة والموطن، وأخيرا لعناصر الشخصية القانونية وهى الأهلية والذمة المالية.

## المبحث الأول

### بدء الشخصية القانونية وانتهائها

١٥٩- تقضى المادة ٢٩ من القانون المدنى بأن بداية شخصية الإنسان تتحدد بتمام ولادته حيا.. وقد يبدو مضمون هذا الحكم وكأنه حقيقة يستحيل التغيير فيها، ولكن التاريخ بين لنا أن هذا المبدأ لم يكن دائما من المسلمات القانونية، فقد عرفت بعض التشريعات القديمة (القانون الرومانى) التفرقة بين الحر والعبد، فاقتصر الاعتراف بالشخصية القانونية على الأول دون الثانى، كما عرفت هذه التشريعات نظام الموت المدنى la mort civil ومؤداه تجريد الفرد من شخصيته القانونية إذا حكم عليه بعقوبات معينة، بحيث تصفى أمواله، وتوزع تركته، ويمتنع عليه اكتساب الحقوق أو اجراءات التصرفات القانونية.

ولكن هذه الأنظمة اندثرت فى العصور الحديثة وأصبح الاعتراف بالشخصية القانونية للإنسان حقيقة لا تحتمل النقاش.

وتكتسب الشخصية بتمام ولادة الإنسان، وتنتهى بوفاته أو بالحكم باعتباره كذلك على ما سنرى فيما بعد.

**بدء الشخصية:** يكتسب الفرد الشخصية القانونية بمجرد تمام ولادته حيا. ومفهوم هذه القاعدة هو ضرورة أن ينفصل الجنين عن بطن أمه، وأن تثبت له الحياة بعد تمام هذا الانفصال.. ويستوى بعد ذلك أن يستمر

المولود متمتعا بالحياة أو أن يفقدها.. فالمهم هو ثبوت تمتعه بالحياة ولو للحظة بعد الولادة.. ويترتب على ذلك أنه إذا مات الجنين فى بطن أمه أو أثناء الولادة وقبل انفصاله فإن الشخصية القانونية لا تثبت له.

ويستدل على تمام الولادة مع الحياة بكافة الشواهد العملية والطبية كبكاء الطفل وحركته وصراخه وتنفسه للهواء الخارجى.. وتشترط بعض التشريعات (القانون الفرنسى) فضلا عن ذلك أن يولد الطفل قابلا للحياة viable أى مستجمعا للعناصر اللازمة طبيا لاستمرار حياته. وهى مسألة يمكن أن تكون محل خلاف حتى من الناحية الطبية.. أما فى القانون المصرى فيكفى تمام الولادة مع الحياة ولا تشترط القابلية للاستمرار فى الحياة.. وإذا تحققت واقعة الميلاد مع الحياة تثبت للمولود الشخصية القانونية المستقلة، بحيث يمكن أن تنصرف إليه آثار الأعمال القانونية، ويثبت حقه فى الميراث والوصية، كل ذلك فى خلال الفترة التى يحياها مهما كانت قصيرة. ونظراً لخطورة هذه الآثار يوجب القانون الابلاغ عن واقعة الميلاد إلى مكتب السجل المدنى فى موعد لايتجاوز ثمانية أيام من يوم الولادة ويلتزم الطبيب أو القابلة حسب الأحوال باخطار مكتب الصحة خلال ثلاثة أيام بما يجرونه من حالات الولادة.

١٦٠- **انتهاء الشخصية القانونية:** تنتهى الشخصية القانونية بالوفاة، ولاتقل أهمية هذه الواقعة عن أهمية واقعة الميلاد، حيث يترتب عليها آثار هامة بالنسبة لحقوق المتوفى والتزاماته، لذلك يجب اخطار

الدولة (مكتب الصحة) بواقعة الوفاة.

وقد تنتهي الشخصية القانونية بما يسمى بالموت الحكمي على ما سنرى بعد قليل بالنسبة للمفقود.

- تلك كانت القاعدة في ثبوت الشخصية القانونية، وتحديد نطاقها الزمني، من حيث بدايتها ونهايتها. بيد أن هناك استثنائين يردان على هذه القاعدة. وفقا للاستثناء الأول تثبت الشخصية القانونية استثناء وفي حدود، للجنين قبل ولادته، ووفقا للاستثناء الثاني تثبت الشخصية للفرد رغم عدم تحقق حياته من وفاته وهي حالة المفقود.

**الاستثناء الأول - الاعتراف للجنين بشخصية محددة ومقيدة:**

١٦١- بعد أن ربطت المادة ٢٩ في فقرتها الأولى بين ثبوت الشخصية وتمام الولادة مع الحياة عادت في فقرتها الثانية وأضافت: **ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون**. وقد تولت قوانين المواريث (الصادر سنة ١٩٤٢) والوصية (سنة ١٩٤٦) والولاية على المال (١١٩ سنة ١٩٥٢) تنظيم هذا الموضوع.

فقد أوجب قانون المواريث أن يحجز للجنين نصيبه في الميراث (يحجز له أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى).

كما أجاز قانون الوصية الايصاء للجنين مع ثبوت حقه في الوصية حتى لو توفي الموصي قبل ولادة الموصى له.

وأخيراً أجاز قانون الولاية على المال للوصى أن يقبل الهبة نيابة عن الجنين (حيث أجاز القانون للأب - وإلا فللمحكمة - أن تقيم وصياً مختارا لولده القاصر أو للحمل المستكن).

ويتضح من الأحكام السابقة أن المشرع قد منح للجنين شخصية قانونية محدودة تؤهله لاكتساب الحقوق النافعة نفعا بحتا.. ومعنى ذلك امتناع الزام الجنين بأية التزامات حتى ولو نشأت عما يكتسبه من حقوق.

ويجدر بالملاحظة أن هذه الشخصية المحدودة لا تتأكد إلا بتمام الولادة مع الحياة، وبالتالى فإذا مات الجنين فى بطن أمه أو أثناء الولادة فإن ما ثبت له يعتبر كأن لم يكن.. لذلك توصف شخصية الجنين بأنها معلقة على شرط.

**الاستثناء الثانى - حالة المفقود:**

١٦٢- قد يتغيب الشخص عن موطنه فترة طويلة وتنقطع أخباره بحيث لا يمكن التأكد من حياته أو مماته. ويثير وضع هذا الشخص، الذى سمى بالمفقود، مسألتين هامتين: **الأولى:** تتعلق بإدارة أمواله حتى عودته أو ثبوت وفاته، **والثانية:** تتعلق بحسم الأمر فى شأنه بعد فترة معينة من انقطاع أخباره حيث لا يمكن استمرار شخصيته إلى ما لا نهاية.

**أولا - إدارة أموال المفقود:** نص قانون الولاية على المال على

أنه إذا مضت سنة على غياب المفقود وترتب على ذلك تعطيل أمواله، فإن على المحكمة أن تحكم بتثبيت الوكيل الذى يكون الغائب قد عينه قبل غيابه، إذا توافرت فى هذا الوكيل شروط الوصى. فإذا لم يكن الغائب قد عين وكيلا فللمحكمة من جانبها أن تعين له وكيلا.

**ثانيا: مصير شخصية المفقود:** تظل شخصية المفقود قائمة إلى أن تنقضى بأحد سببين، الموت الطبيعى أو الموت الحكمى. أما عن السبب الأول فلا جديد فى شأنه يختلف عن حكم القواعد العامة، أما السبب الثانى فيحتاج إلى شئ من التفصيل:

**انتهاء شخصية المفقود بالموت الحكمى:** نصت المادة ٣٢ من القانون المدنى على أن يسرى فى شأن المفقود الغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية، وقد صادفت هذه الاحالة أحكام القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، المعدل بالقانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٥٨، وقد نصت الماة ٢١ من القانون المشار إليه على أن يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده، أما فى جميع الأحوال الأخرى فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى، وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حيا أو ميتا.

ويتضح من هذا الحكم أن القانون قد فرق بين فرضين:

**الفرض الأول:** أن يفقد الشخص ظروف يغلب فيها الهلاك: ومن

قبيل ذلك أن يفقد الشخص فى حالة حرب أو أثناء كارثة كزلزال أو حريق أو فيضان. وهنا يحكم القضاء باعتبار الشخص ميتا بعد أربع سنوات على غيابه، ويشترط فى هذه الحالة ألا توجد قرائن تناقض افتراض غلبة الهلاك (بالنسبة لأفراد القوات المسلحة الذين يفقدون أثناء العمليات العسكرية يختص وزير الحربية باصدار قرار باعتبار المفقود ميتا).

**غير أن غرق العبارة سالم فى البحر الأحمر اقتضى تعديلا تشريعيا على الحكم السابق بمقتضى القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢** (تعديلا لبعض أحكام القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩). وقد نص هذا التعديل على أن يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنوات من تاريخ فقده **ويعتبر المفقود ميتا بعد مضى سنة من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية.**

ويصدر رئيس الوزراء، أو وزير الدفاع، بحسب الأحوال، وبعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، قرارا بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتا فى حكم الفقرة السابقة ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود. وتترتب عليه آثاره من تاريخ نشره.

**الفرض الثاني: أن يفقد الشخص في ظروف لا يغلب فيها الهلاك:**

مثال ذلك أن يفقد الشخص أثناء سفر عادى للتجارة أو للسياحة أو للعلم وقد فوضت المادة ٢١ الأمر فى هذه الحالة للقاضى ليحكم باعتبار المفقود ميتا بعد مضى المدة التى يقدر كفايتها .. ولا يصدر القاضى حكمه إلا بعد التحرى بكل الطرق الممكنة عن حياة الشخص من مماته .. ورجحان الهلاك على الحياة .. ولم يحدد القانون مدة معينة يصدر الحكم بعد مرورها بل ترك الأمر للقضاء، غير أنه لا يجوز أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات، لأن هذه المدة هى الحد الأدنى فى حالة الغياب فى ظروف يغلب فيها الهلاك فيجب الالتزام بها - من باب أولى - فى الفرض المخالف.

**الآثار المترتبة على انتهاء الشخصية:**

**١٦٣- ١- فى حالة الوفاة الطبيعية:** من أهم لوازم الشخصية القانونية قابلية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، بمعنى قابليته لأن يكون طرفا ايجابيا أو سلبيا فى الروابط القانونية.. وبانتهاء هذه الشخصية تنقضى تلك القابلية فيثور التساؤل عن مصير ما كان له من حقوق وما كان عليه من التزامات.

ونفرق فى هذا الشأن بين الحقوق غير المالية والحقوق المالية.

أما عن **الحقوق غير المالية**، فانها تثبت للشخص بصفته انسانا

أو مواطنا فى دولة أو عضوا فى أسرة، لذلك فإنها تنقضى بإنتهاء الشخصية القانونية حيث أنها لا تنتقل بالميراث.

أما بالنسبة **للحقوق والالتزامات المالية فإن منها ما يرتبط بشخصية المتوفى بالذات**، أى يكون لشخصية المتوفى فيها الاعتبار الأول، كحق السكنى وحق الاستعمال والالتزام بأداء عمل معين يقتضى موهبة خاصة (كالالتزام بالغناء أو برسم لوحة فنية). ففى مثل هذه الأحوال ينقضى الحق أو الالتزام بانتهاء شخصية صاحبه ولا ينتقل إلى الورثة.

أما بالنسبة **للحقوق والالتزامات المالية التى لا ترتبط بشخص صاحبها** فإنها لا تنقضى بالوفاة بل تبقى كعناصر فى تركة المتوفى. وقد نظمت مصيرها المادة ٨٨٩ مدنى حيث نصت على أنه بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى. ويعبر هذا الحكم عن مبدأ قال به فقهاء الشريعة الإسلامية وهو «لا تركة إلا بعد سداد الديون». ومؤدى جملة القول السابق أن التزامات المتوفى تسدد من تركته، فإن بقى منها شئ بعد ذلك آل إلى الورثة، وإلا فلا ميراث لهم، ولكنهم لا يضارون من زيادة التزامات المتوفى عن حقوقه.

٢- **فى حالة الوفاة الحكمية**: أشرنا إلى أن الوفاة الحكمية تستند إلى حكم قضائى باعتبار المفقود ميتا. ويترتب على هذا الحكم

ذات الآثار المترتبة على الوفاة الطبيعية بالنسبة للشخصية القانونية وتحديد مصير حقوق الشخص والتزاماته، غير أن **الوفاة الحكمية** تثير **مشكلتين مستقلتين**: **الأولى**: تتعلق بتحديد تاريخ الوفاة الحكمية وهل تستند إلى تاريخ صدور الحكم أم ترتد إلى تاريخ الغياب؟ والثانية: تتعلق بتسوية الآثار المترتبة على الحكم باعتبار المفقود ميتا وذلك إذا ظهر فيما بعد أن من حكم بموته مازال على قيد الحياة.

**أولا - تحديد تاريخ الوفاة**: الأصل هو اعتبار المفقود ميتا من تاريخ صدور الحكم القضائى، على أساس أن هذا الحكم يعد منشئا للوفاة التقديرية وليس كاشفا عنها. ويترتب على ذلك أنه قبل صدور الحكم يعتبر الشخص حيا فتبقى أمواله على ذمته (وكذلك زوجته إلا إذا حكم لها بالتطليق للتضرر من الغيبة) ويحجز له نصيبه من الميراث أو الوصية حتى يحسم أمر حياته من مماته.

أما ابتداء من تاريخ الحكم فيعامل المفقود معاملة الميت الحقيقى فتوزع أمواله على ورثته الموجودين وقت صدور الحكم، وتنقضى من هذا التاريخ رابطة الزواج فتعتد الزوجة عدة الوفاة.

غير أن المادة ٤٥ من قانون المواريث خرجت على الأصل السابق فى تحديد تاريخ الوفاة بأن نصت على أن «يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها فإن ظهر حيا أخذه وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة». ويتضح من هذا النص أن المشرع اعتبر المفقود ميتا

بالنسبة لأموال غيره.. التي يتلقاها بطريق الميراث أو الوصية، من تاريخ فقده لا من تاريخ الحكم.

**ثانيا: ظهور المفقود على قيد الحياة:** في هذه الحالة **يسترد المفقود العائد أمواله** التي وزعت على ورثته، كما يسترد نصيبه في الميراث أو الوصية الذي كان قد حجز له ثم وزع على ورثة مورثه عند الحكم بوفاته. وفي جميع الأحوال فإن المفقود العائد لا يسترد من أمواله إلا ما وجد منها تحت يد من وزعت عليهم ويفقد الحق في استرداد ما تصرفوا فيه بحسن نية.

**أما بالنسبة للزوجة** فإنها تعود لزوجها إذا لم تكن قد تزوجت بعد، أو كانت قد تزوجت ولم يدخل بها الزوج الثاني، أو كان الثاني قد دخل بها رغم علمه بحياة الزوج الأول (سيئ النية).. كما يسرى ذات الحكم الأخير إذا كان الزواج الثاني قد تم قبل انقضاء عدة الوفاة الحكمية (م ٨ من قانون ٢٥ سنة ١٩٢٩).

## المبحث الثانى

## مميزات الشخصية

تتعين شخصية الفرد بين غيره من أفراد المجتمع بمجموعة من العناصر يسميها الفقه مميزات أو محددات الشخصية. وأهم هذه المميزات الاسم والانتماء لأسرة، والموطن.. وسنعرض لكل منها فى فرع مستقل.

### المطلب الأول

### اسم الشخص le nom

**١٦٤- الاسم الحقيقى:** تنص المادة ٣٨ من القانون المدنى على أن «يكون لكل شخص اسم ولقب، ولقب الشخص يلحق بأولاده». والاسم هو ما يميز الشخص عن غيره، وهو كلمة تنطق وتكتب تختارها الأسرة للطفل عند ولادته، وتسجل له فى سجلات الحالة المدنية.

**اسم الشهرة:** قد يشتهر الفرد بين الناس باسم غير اسمه الحقيقى، وبشيوع استخدام هذا الاسم يتعلق به حق للشخص ويصبح محلا للحماية القانونية شأنه فى ذلك شأن الاسم الحقيقى.

**الاسم المستعار:** قد يتخذ الشخص لنفسه اسما يخفى خلفه اسمه الحقيقى فى صدد نشاط أو عمل معين، كالفنان أو الكاتب الناشئ الذى يريد أن يختبر مدى نجاح عمله قبل الكشف عن شخصيته الحقيقية

ويكفل القانون للاسم المستعار الحماية التى يكفلها للاسم الحقيقى.

**اللقب:** اللقب هو اسم العائلة الذى يشترك فى حمله جميع أفرادها، وقد كررت المادة ٣٩ الاحالة إليه حيث أضافت أن تنظيم اكتساب الألقاب وتغييرها يصدر به تشريع خاص، غير أنه حتى الآن لم يصدر التشريع المشار إليه. لذلك لم يعمل بنظام الألقاب فى مصر حتى الآن.

وسنقتصر فيما يلى على دراسة اسم الشخص من حيث تكييف صلته بالشخصية، وبيان خصائصه، ثم صور حمايته.

**١- تكييف صلة الشخص باسمه**

١٦٥- يمكن رد أهم ما قيل فى شأن تكييف الاسم إلى مذهبين:

**الأول:** يرى أن الاسم ما هو إلا أحد أنظمة الأمن.

تفرضه الدولة على الأفراد بقصد تمييزهم واستقرار المعاملات فيما بينهم.

**الثانى:** يرى أن للشخص على اسمه حقا فرديا، وقد اعتبر البعض أن هذا الحق هو حق ملكية، واعتبره آخرون - وهو الراجح - حقا من الحقوق اللصيقة بالشخصية.

والصحيح أن كلا من الرأيين السابقين يحمل جزء من الحقيقة،

فلاشك أن فى حمل اسم معين معنى الواجب الذى يتحمله الأفراد لأغراض الأمن والاستقرار. لذلك كان لزاما على الفرد أن يتخذ اسما محدداً يتضمنه الاخطار بواقعة الميلاد. ولكن هذا الاعتبار وحده لا يكفل للاسم حماية قانونية فعالة، لهذا يجب الاعتراف بأن للشخص على اسمه حقاً فردياً، ويترتب على ذلك أن يصبح الاسم محلا للحماية ضد المنازعة أو الاعتداء بمجرد اثبات المصلحة فى ذلك حتى ولو كانت هذه المصلحة مجرد اعتبار أدبى كما سنرى.

### ٢- خصائص الاسم

يتسم النظام القانونى للاسم بعدة خصائص تعكس جميعها اعتبارى تكييف الاسم المشار اليهما وهما اعتبار الاسم واجبا تفرضه ضرورة الأمن واعتباره حقا فرديا لصاحبه. وأهم هذه الخصائص ثلاث هى عدم قابلية الاسم للتصرف فيه، وعدم قابلية الاسم للتقادم، وعدم قابلية الاسم للتغيير.

**١- عدم قابلية الاسم للتصرف فيه:**

١٦٦- يعتبر الاسم - كما سبق القول - حقا من الحقوق اللصيقة بالشخصية وضرورة من ضرورات الأمن. واجتماع هذين الاعتبارين يؤدى إلى امتناع التصرف فى الاسم.

بيد أن هذا الحظر محدود بالاعتبارات التى فرضته، فحيث لا

مساس بهذه الاعتبارات يجوز للفرد أن يتصرف فى اسمه. ومن قبيل ذلك حالة اتخاذ الاسم الشخصى اسما تجاريا، فهنا يصبح الاسم من زاوية استخدامه فى التجارة اسما تجاريا يجوز النزول عنه باعطاء الغير حق استخدامه. والحق أنه فى هذه الحالة لا يتنازل الفرد عن اسمه الشخصى ولكنه يتنازل عن الاسم التجارى الذى صار عنصرا من عناصر متجره. ولهذا يمكن القول أن الشخص يتنازل فقط عن الاستخدام التجارى لاسمه، وبالتالى يستمر فى استخدام اسمه الشخصى فى حياته الرسمية والخاصة بغير منازعة.

**٢- عدم قابلية الاسم للتقادم:**

١٦٧- ويقصد بذلك أن الاسم لايمكن أن يسقط بعدم الاستعمال لمدة معينة طالت أو قصرت، كما لا يمكن للشخص أن يكون له اسم غير اسمه الحقيقى لمجرد استعماله مدة من الوقت. ويقال تعبيرا عن هذا المبدأ بشقيه أن الاسم لا يسقط ولا يكتسب بمضى المدة.

**٣- عدم قابلية الاسم للتغيير:**

١٦٨- ومعنى ذلك عدم اطلاق حرية الأفراد فى تغيير أسمائهم، فالاسم كما سبق ليس حقاً خالصاً بل هو أيضاً من لوازم الاستقرار والأمن المدنى وقد يضر تغييره بمصالح الآخرين ويؤدى الى البلبلة فى المعاملات. غير أن المشرع لم يتجاهل ضرورة تغيير الاسم فى بعض الحالات. فقد يشتهر الشخص باسم غير اسمه الحقيقى فيرغب فى اتخاذ

اسم الشهرة اسماً رسمياً، وقد يغير الشخص ديانته بما يقتضى تغيير اسمه.. الخ. لذلك اباح المشرع مبدأ التغيير ولكنه قيده باتباع اجراءات معينة تكفل للتغيير الجدية والعلانية، وحتى يتسمى لمن يتضرر من التغيير أن يعترض عليه؟

**٣ - حماية الاسم(١)**

**١٦٩- نصت المادة ٥١ من القانون المدنى على أن «لكل من نازعه الغير فى استعمال اسمه بلا مبرر ومن انتحل الغير اسمه دون حق أن يطالب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر».** وتتعرض هذه المادة لصورتى الاعتداء على الاسم الممكن وقوعهما عملاً وهما المنازعة بغير مبرر وانتحال الاسم، وكفلت لهما كامل الحماية القانونية:

**أما عن الصورة الأولى: المنازعة بغير مبرر**، فهى أقل وقوعاً فى العمل، ومثالها أن ينكر عليك الغير التسمى باسمك الحقيقى، أو ينازعك فيه باشاعة القول بين الناس، أو باتيان أفعال تؤدى إلى هذا المعنى.

**أما عن الصورة الثانية: انتحال الاسم**، فهى الأكثر شيوعاً ومثالها أن يستعمل شخص اسم غيره، سواء فى حياته العادية سواء خلال إجراءات أو اوراق رسمية. ويحتاج تحديد نطاق هذه الصورة لذكر

(١) راجع فى الموضوع أحمد سلامة، ص ١٧٢.

**ايضاحين:** **الأول:** أن مجرد التشابه فى الأسماء لا يتحقق معه الانتحال حتى لو عادت على المسمى بفائدة من هذا التشابه لأنه يكون، فى هذه الحالة، قد انتحل شخصية الطرف الآخر لا اسمه. **الثانى:** لا يعد انتحالاً اطلاق اسم شخص على غير الانسان، كاطلاق الاسم على حيوان أو على بعض المنتجات أو على شخصية هزلية. وفى مثل هذه الأحوال يجوز لصاحب الاسم إذا اصابه ضرر مادى أو ادبى أن يوقف العدوان وأن يطلب التعويض على اساس القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية.

ولإيضاح مضمون الحماية القانونية للاسم نعرض فيما يلى لبعض تطبيقات اغتصاب الاسم حيث تتنوع فيها شروط تحقيق هذه الحماية:

**التطبيق الأول: حول انتحال الاسم أو المنازعة فيه من جانب الغير:**

١٧٠- وهى الصورة المبسطة للاعتداء على الاسم. وقد ثار فى شأنها تساؤل عن شروط إعمال الحماية القانونية وهل يشترط لذلك تحقق ضرر محدد فى جانب الشاكى أم يكفى مجرد المساس بمصالحة الادبية؟ ومن خلال الاجابة عن هذا التساؤل تتأرجح الحماية بين التضييق أو الاتساع ويكمن مناط اختيار التكييف المعتمد للحق فى الاسم. فوفقاً للراى القائل بأن الاسم مجرد نظام من أنظمة الأمن المدنى تضيق الحماية القانونية لتنحصر فى قواعد المسئولية التقصيرية، التى تستوجب اثبات الخطأ فى جانب المعتدى والضرر فى جانب المعتدى عليه، ووفقاً للرأى

الآخر تتسع الحماية القانونية لتتحرك لمجرد درء العدوان على الحق وبغير حاجة الى اثبات الضرر.

وتقدم نظرية الدعوى القضائية ايضاحاً لكل ما تقدم فالدعوى لا تقبل الا إذا كان لرافعها مصلحة شخصية قائمة وحالة (م ٣ من قانون المرافعات) وهذه المصلحة كما قد تكون مادية يمكن أن تكون أيضاً ادبية، ولا شك أن مجرد الدفاع عن الاسم باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية يحقق لصاحبه دائماً مصلحة أدبية محققة، وبغير حاجة لاثبات ضرر محدد.

**التطبيق الثاني: انتحال الاسم لشخصية خيالية في عمل فني:**

١٧١- وقد يتحقق انتحال الاسم بمناسبة شخصية خيالية، في قصة أو رواية سينمائية أو مسرحية، وفى هذا الفرض يتشدد القضاء الفرنسى بعض الشئ فى اقرار حماية الشاكى، وربما كان رائده فى ذلك عدم وضع عقبات فى طريق المؤلفين فى اختيار اسماء ابطال رواياتهم. ولقد كان مضمون التشدد هو اشتراط اثبات ضرر محدد مادياً كان أو أدبياً. وتطبيقاً لذلك لا يكفى أن يكون الدور الذى اسند الى اسم الشاكى قد اثار فى نفس هذا الاخير الضيق أو النفور، بل لابد أن يثبت أن الفيلم أو الرواية تثير فى ذهن النظارة أو القراء خلطاً بين شخصية المتضرر والشخصية الروائية، بل لابد من اثبات الضرر المحدد الذى ينشأ

عن هذا الخلط، بأن تكون الشخصية الروائية، بأن تكون الشخصية الروائية قد عرضت بطريقة معينة. بل لقد ذهب بعض الفقهاء الى اشتراط أن يكون المؤلف قد تصرف بسوء نية أو برعونة على الأقل.

**التطبيق الثالث: انتحال الاسم لأعراض تجارية:**

١٧١- قد يقوم أحد التجار باستخدام اسم الغير كاسم تجارى لتجارته، ويخضع هذا الفرض لذات قاعدة الفرض السابق، وهى أنه لا محل للشكوى إلا إذا أثبت صاحب الاسم أن خطأ ضاراً بمصالحه يمكن أن ينشأ فى ذهن الجمهور من جراء استخدام اسمه.

## المطلب الثانى

## الانتماء للاسرة

١٧٢- من أهم ما يميز الشخص انتمائه إلى أسرة معينة، ويترتب على هذا الانتماء آثاراً قانونية متعددة. ومن هذه الآثار ما يتخذ طابعاً مالياً كالنفقة والميراث، ومنها ما ليس له طابع مالى كالحقوق الناشئة عن الرابطة بين الأب وأبنائه والحقوق الناشئة عن رابطة الزوجية، كحقوق الطاعة والتأديب والتربية والرعاية.. الخ.

وتدور الصلات الأسرية حول محاور ثلاثة: الزواج - القرابة المصاهرة.

**١ - الزواج:**

وهو الرابطة المنشئة للعلاقات العائلية، ويتم بابرام عقد بين طرفين يتراضيا فيه على المعيشة المشتركة. ويتمتع الأفراد بحرية الاختيار فى الدخول فى علاقة الزوجية أو الامتناع عنها . ولكنهم حين يختارون الزواج تنحسر حريتهم فى تنظيم الآثار المترتبة عليه، فقد تكفل القانون بتنظيم هذه الآثار بطريقة آمرة لا يستطيع الأفراد تغييرها .

**٢ - رابطة القرابة:**

وهى رابطة الدم التى تجمع بين الأفراد المنتمين الى أسرة واحدة «تتكون أسرة الشخص من ذوى قرباه ويعتبر ذوى القربى كل من يجمعهم اصل مشترك» مادة ٣٤ مدنى.

وتنقسم القرابة الى نوعين: **قرابة مباشرة**: وهى الرابطة التى تجمع الأصول بالفروع ويسمها بعض الفقهاء بقرابة الخط المستقيم. **وقرابة حواشى**: هى الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم أصل مشتروك دون أن يكون أحدهم فرعاً لآخر(م ٣٥ مدنى) .

وقد بين القانون كيفية حساب درجة القرابة، بالنسبة لكل من النوعين، فنصت المادة ٣٦ مدنى على أن يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل

المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشرك يعتبر درجة.

وتبدو أهمية حساب درجة القرابة فيما يقرره القانون من قصر بعض الآثار القانونية على الأقارب حتى درجة معينة، ومن قبيل ذلك ما تنص عليه المادة ٢٢٢ مدنى، «يشمل التعويض الضرر الأدبى أيضاً، ومع ذلك لا يجوز الحكم بتعويض الا للأزواج والأقارب الى الدرجة الثانية عما يصيبهم من الم من جراء موت المصاب».

**٣ - رابطة المصاهرة:**

وهى الصلة الناشئة عن الزواج بين كل من الزوجين وأقارب الطرف الآخر، وقد نصت المادة ٣٧ مدنى على أن أقارب أحد الزوجين يعتبر قريباً بالمصاهرة بذات الدرجة ولذلك فإنه شقيق الزوج يعتبر قريباً للزوجة من الدرجة الثانية، وأن أب أحد الزوجين يعتبر قريباً للآخر من الدرجة الأولى، بيد أن هذه القاعدة لا تعنى أن قرابة المصاهرة ترتب كل الآثار القانونية لقرابة الدم من ميراث ونفقة.. ولكن القانون رتب عليها بعض الآثار فى حالات معينة. ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٩٣٩ مدنى من أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الاصهار لغاية الدرجة الثانية. ومثال آخر تقدمه المادة ١/٣١٣ مرافعات حيث تقضى بوجوب تنحى القاضى عن نظر الدعوى إذا كانت له قرابة

نسب أو مصاهرة بأحد الخصوم للدرجة الرابعة[١].

## المطلب الثالث

## الموطن

١٧٣ - يتخذ الشخص لنفسه مكاناً يقيم فيه على وجه الاعتياد وقد اعتد القانون بهذا المكان كوسيلة من وسائل تمييز الشخص عن غيره كما اعتبره - إذا تحققت له شروط معينة - مقراً رسمياً بالنسبة لما يقوم به الشخص من نشاط قانونى. والمقر الذى يعتد به القانون، على هذا النحو، يسمى بالموطن. وللموطن أهمية من عدة نواح نخص منها ما يلى:

١ - أن الأوراق والمطالبات القضائية يجب أن تعلن للشخص فى موطنه.

٢ - أن المحكمة المختصة جغرافياً بما يرفع ضد الشخص من دعاوى هى المحكمة الكائن فى دائرتها موطنه (الدعاوى الشخصية).

٣ - إجراءات الافلاس تتخذ أمام المحكمة الكائن بدائرتها موطن التاجر، كما أن الحكم باعسار المدين غير التاجر يصدر من المحكمة الابتدائية التى يتبعها موطن هذا المدين.

---

(١) يلاحظ أن هناك مظاهر أخرى هامة لحالة الشخص ومنها الجنسية التى تلعب دوراً هاماً فى المركز القانونى للشخص. وكذلك الحالة الدينية حيث ترتب عليها بعض القوانين بعض الآثار كما هو الحال فى قانون المواريث فى مصر والذى يمنع الميراث بين المسلم وغير المسلم. وكذلك حظر زواج المسلمة بغير المسلم.

٤ - الوفاء بالالتزامات التى يكون محلها شيئاً معيناً بالذات يتم فى موطن المدن وقت الوفاء.

وتختلف التشريعات فى تحديد المقصود بالموطن فمنها من يأخذ بما يسمى **بالموطن الحكمى** ومنها من يأخذ بما يسمى **بالموطن الواقعى**.

**١٧٤- أولاً - مذهب الموطن الحكمى:** وفقاً لهذا المذهب يفترض المشرع وجود الشخص فى مكان معين دون أن يأخذ فى الاعتبار مدى حقيقة الاقامة الدائمة فى هذا المكان. وقد أخذ المشرع الفرنسى بهذا الأسلوب فعرف الموطن بأنه المركز الرئيسى الذى يمارس فيه الشخص أعماله. ويستند هذا الاختيار الى كون النشاط القانونى للشخص يرتبط بمقره المهنى، وبالتالى يجب أن تتجه الى هذا المكان كافة المطالبات والاجراءات القانونية.

وقد عيب على هذا الاتجاه أن التطور الحديث، وما صاحبه من اتساع مجال النشاط الصناعى والتجارى، قد يؤدى الى تعدد مقار النشاط الرئيسى للشخص الواحد بحيث يصعب ترجيح أحدهما على الآخر، فإذا أخطأ الغير فى تحديد المقر الرئيس للنشاط وقع باطلاً ما يقوم به من إجراءات.

ويترتب على التصوير الحكمى بعض النتائج أهمها:

١ - **أن الموطن واحد لا يتعدد**، ذلك أن لنشاط الشخص مركز رئيسى واحد. ومع ذلك فقد أورد المشرع الفرنسى بعض الاستثناءات على هذه النتيجة، منها إمكان اعلان الشخص فى موطنه الظاهر. والذى

قد لا يكون موطنه الحقيقى. ومنها أيضاً الاعتراف للشخص المعنوى بأكثر من موطن قانونى وذلك بالاعتداد بمواطن فروعه المختلفة.

٢ - **ضرورة أن يكون لكل شخص موطن**، فإن كان الشخص لا يمارس مهنة معينة تحدد موطنه بموطن أبيه أو وصيه.

**١٧٥- ثانياً - مذهب الموطن الواقعى:** ويعتد هذا المذهب بمقر الاقامة العادية للشخص، فهو لا يقيم فكرة الموطن على أساس علاقة تحكمية، بل يقيمها على أساس حقيقة الاقامة والاستقرار. وقد أخذ المشرع المصرى بهذه النظرة حيث عرف الموطن (المادة ٤٠ مدنى) بأنه **«المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة»**. ووفقاً لهذا التعريف يتحقق الموطن بتوافر عنصرين: **العنصر الأول موضوعى**، يتمثل فى الاقامة الفعلية، والعنصر **الثانى هو الاعتياد**، ويفيد معنى الاستقرار فى محل الاقامة كما يعكس عنصراً نفسياً هو نيه الاستقرار.

فإذا توافر العنصران السابقان تحقق معنى الموطن القانونى بغض النظر عن تغيب الشخص عن مقره فى فترات مؤقته. فشرط الاعتياد لا يعنى بالضرورة عدم الانقطاع.

ويترتب على **التصوير الواقعى** بدوره بعض النتائج:

١ - **أن الشخص قد لا يكون له موطن**، إذا لم يكن له محل اقامة معتاد. ومن قبيل ذلك البدو الرحل والغجر الذين اعتادوا التنقل بصفة مستمرة.

٢ - **قد تتعدد مواطن الشخص** وذلك إذا تعددت الأماكن التى يقيم فيها على وجه الاعتياد، كمن يقيم فى المدينة فى أحد المواسم ويقيم فى الريف فى موسم آخر.

وقد أشارت المادة ٤٠ مدنى فى فقرتها الثانية الى النتيجتين السابقتين حيث جاء فيها **«يجوز أن يكون للشخص فى وقت واحد أكثر من موطن، كما يجوز الا يكون له موطن ما»**.

ويعتبر الموطن القانونى، وفقاً للتصور السابق، **موطناً عاماً للشخص**، أى مقراً قانونياً لجميع أوجه نشاطه وعلاقاته. غير أن المشرع قد اعتد، فى بعض الحالات، وبالنسبة لطوائف معينة من الأفراد، ببعض صور لموطن خاص يختلف عن الموطن العام. وقد وردت هذه الصور فى الماد من ٤١ الى ٤٣ من القانون المدنى، وتشمل موطن الأعمال - الموطن القانونى - الموطن المختار.

١ - **موطن الأعمال:** نصت المادة ٤١ مدنى على أنه «يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة». ويبين من هذا النص أن المشرع قد قصد إلى التيسير على من يتعامل مع التاجر أو الحرفى فاعتبر مقر التجارة أو الحرفة موطناً خاصاً بالنسبة لكل ما يتعلق بها. ويلاحظ أن هذا الخروج على الأصل العام محدد بالحكمة من اقراره، وبالتالى ففيما لا يتعلق بالتجارة أو الحرفة يجب الاعتداد بالموطن العام، أى مقر الاقامة

المعتادة. كما أن هذا الموطن يقتصر على من يمارس حرفة أو تجارة ولا يمتد الى غيرهم من طوائف العمال أو الموظفين ممن لايتحقق بالنسبة لنشاطهم وصف التجارة أو الحرفة.

**٢ - الموطن القانونى أو الالزامى:** نصت المادة ٤٢ مدنى على أن موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا».

والأشخاص الذين ذكرهم النص لا يباشرون نشاطهم القانونى بأنفسهم بل ينوب عنهم غيرهم فى مباشرة هذا النشاط ولذلك كان من الطبيعى أن يوجه الخطاب فى شأن هذا النشاط الى شخص القائم به فعلاً، وهو الوكيل أو الوصى أو الولى أو القيم، وأن يوجه اليه هذا الخطاب فى موطنه. ويسمى هذا الموطن بالموطن الالزامى لأن القانون يعينه للشخص على وجه الالزام. غير أن القانون قد يجيز للقاصر، فى سن معينة، مباشرة بعض التصرفات، فقد يعتد القانون بالموطن العادى للقاصر أى بمقر اقامته المعتاده (م٤٢/٢مدنى).

ويعتبر هذا الحكم الأخير متسقاً مع منطق فكرة الموطن الخاص حيث لا مجال له الا فى الحدود التى اقتضته. وينطبق ذات الحكم بالنسبة للسفيه وذى الغفلة فيما يجوز لهما ممارسته من أعمال قانونية.

**٣ - الموطن المختار:** نصت المادة ٤٣ مدنى على جواز «أن يتخذ الشخص لنفسه موطناً مختاراً لتنفيذ عمل قانونى معين ولا يجوز اثبات وجود الموطن المختار الا بالكتابة. والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى معين يكون هو الموطن بالنسبة الى كل ما يتعلق بهذا العمل، بمٔ

فى ذلك اجراءات التنفيذ الجبرى، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى».

فقد يتفق شخصان أو أكثر بمناسبة إبرام عقد معين على وجوب أن يتم اعلان الاوراق والدعاوى المتعلقة بهذا العقد فى موطن خاص يُخْتَار لهذا الغرض. وغالباً ما يُخْتَار هذا الموطن فى مكتب أحد المحامين. ويقتصر هذا الموطن على الموضوع الذى أختير من أجله، أما فيما عدا ذلك فيجب الالتزام بالموطن العام.

والأصل أن اتخاذ الموطن المختار هو عمل ارادى يلجأ اليه الأفراد بقصد تيسير متابعة روابطهم ومنازعتهم فى صدد علاقة قانونية معينة، وبالتالى فلا اجبار فى اتخاذ الموطن المختار إلا إذا وجد نص قانونى يقضى بوجوب اتخاذ موطن مختار فى صدد عمل معين. ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من ضرورة أن يتخذ الدائن المرتهن موطناً مختاراً فى دائرة المحكمة التى يتبعها العقار. كما نصت المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات أن على الخصم الذى لا يكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطناً فيه.

وأخيراً نلاحظ أن **اتخاذ موطن مختار يجب أن يتم كتابة** أيا كانت قيمة العمل الذى اتخذ الموطن لتنفيذه أى حتى ولو لم تتجاوز خمسمائة جنيه.

## المبحث الثالث

## عناصر الشخصية القانونية

١٧٦ - ونقصد بعناصر الشخصية القانونية المقومات الاساسية اللازمة لتحقيق مضمونها. فالشخصية القانونية تعبير عن الصلاحية لممارسة الحياة القانونية. ومصدر هذه الصلاحية إنما هو النظام القانونى ذاته، فهى وليدة هذا النظام يمنحها ويرسم حدودها.

فإذا قررنا أن الشخصية القانونية هى صلاحية لممارسة الحياة القانونية تدرجنا الى القول بأن لهذه الصلاحية جانبين الأول مفاده قابليته لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ويسميها الفقه بأهليه الوجوب والثانى مفاده صلاحية الشخص الذى تسبغ عليه الشخصية القانونية لاتيان الافعال والتصرفات المنشئة للحق وللالتزام ويسمها الفقه بأهلية الأداء.

وأخيراً فأن من الحقوق والالتزامات التى تلحق بالشخص ما يتخذ طابعاً مالياً. أى يقبل التعبير عنه اقتصادياً. ويعبر الفقه عن مجموع ما للشخص من حقوق والتزامات مالية بالحالة المالية للشخص أو «الذمة المالية».

ونخلص من هذه الكلمة الموجزة الى أن عناصر الشخصية القانونية هى الأهليه والذمة المالية، وسنعرض لكل منهما فى فرع مستقل:

## المطلب الاول

### الاهليــــــــــة

١٧٧- اشرنا ألى أن من عناصر الشخصية القانونية الاهلية، وأن للاهلية جانبين:

**الأول:** **هو أهليه الوجوب**، وتعنى صلاحية الشخص أو قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، **والثانى:** **أهلية الأداء**، وتعنى قدرة أو صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية التى تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام.

وأشرنا أيضاً إلى أن الطفل يكتسب الشخصية القانونية منذ تمام ولادته حياً، وهو بتمتعه بالشخصية القانونية يصبح صالحاً لاكتساب الحق أو التحمل بالالتزام (أهلية الوجوب) بل أن هذا المعنى يعكس أول وأهم مظاهر الشخصية القانونية.

ولكن تمام الولادة وما يصاحبه من اكتساب الشخصية القانونية لا يؤدى بالضرورة الى قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية (أهلية الاداء) فالتصرف القانونى عمل يستند اساساً الى الإرادة(١)

---

(١) يلاحظ أن الحديث عن اهلية الاداء لا يظهر إلا بالنسبة للتصرفات القانونية حيث أنها تستند الى الارادة فيجب أن تكون هذه الارادة مدركة مميزة خالية من العيوب.
أما الأعمال المادية فإن القانون يرتب عليها آثارها بغض النظر عن اتجاه الارادة أو عدم اتجاهها الى اتيان الفعل أو الى تقبل آثاره. ولكن ذلك لايعنى آن التمييز لا=

لذلك يجب أن يتمتع القائم به بالادراك والتمييز اللازمين لحسن التصرف. واستناداً الى هذه المفهوم كان منطقياً أن توضع على قدرة الطفل فى مباشرة التصرفات القانونية حدوداً تجعل من الادراك والتمييز مناطاً للتمتع بأهلية الاداء أو الحرمان منها . . وبالتالى يتوقف تحديد مدى أهلية الشخص على قياس مدى تمييزه. غير أن المشرع قد اتخذ مبدئياً من عنصر السن وسيلة لقياس مدى التمييز. فافترض انعدامه فى مرحلة معينة، وافترض وجوده ناقصاً فى مرحلة أخرى، ثم افترض اكتماله ببلوغ الواحدة والعشرين. . وتولى المشرع على ضوء هذا التقسيم بيان مصير تصرفات الشخص من حيث صحتها أو بطلانها فى كل مرحلة من مراحل السن ووفقاً لدرجة خطورة التصرف ومدى ما يلزم من تمييز لاتيانه.

غير أن بلوغ الشخص لسن الرشد لا يعنى الضرورة إمتناع المساس بأهليه، فقد يصيبه عارض يعدم فيه الأهلية، أو ينتقص منها، وقد يلحق به مانع يحول دون مباشرتها.

---

= يشترط اطلاقاً بالنسبة للمسؤلية عن العمل المادى، ذلك أن الأصل أن هذا العمل لا يرتب أثره فى ذمة الشخص إلا إذا كان مميزاً، «يكون الشخص مسئولاً عن اعماله غير المشروعة متى صدروت منه وهو مميز» . . ولم يخرج المشرع عن هذا الأصل إلا فى حالة صدور الفعل الضار عن شخص غير مميز ولم يكن هناك من يسأل عنه أو تعذر الحصول على التعويض من المسئول، ففى هذه الحالة يجوز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر (الشخص غير المميز) بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم (م١٦٤ مدنى).

وسنعرض فيما يلى لأحكام أهليه الاداء، ثم لعوارضها فموانعها.

**أولاً - أحكام أهليه الأداء:**

نستطيع أن نخلص من العرض السابق الى أن تنظيم اهلية الاداء يقوم اساساً على اعتبارين:

١ - **اعتبار طبيعة العمل** الذى يثور التساؤل بصدده، ومدى خطورة آثاره بالنسبة للشخص.

٢ - **مدى قدرة الشخص على الادراك والتمييز**، فكلما تقدم الطفل فى مراحل الادراك كلما أباح له القانون حرية أكبر فى التصرف القانونى.

وعلى ضوء قيام شخص على قدر معين من التمييز، بتصرف على قدر معين من الخطورة، تتحدد نظرة القانون والجزاء الذى يرتبه. فإما أن يعترف القانون بالتصرف صحيحاً منتجاً لكافة آثاره، وإما أن يدمغه بالبطلان المطلق بمعنى أن يعتبر التصرف مجرداً عن كل آثر قانونى (كأن لم يكن). وأخيراً قد يوصف التصرف بالبطلان النسبى، ويعنى أنه يتأرجح بين الصحة والبطلان، فهو قابل للبطلان، أى صحيح ابتداء ومنتج لآثاره إلى أن يحكم القاضى ببطلانه، فإن حكم بذلك انعدم التصرف بأثر رجعى أى اعتبر كأن لم يكن منذ نشأته. وقد تتأكد صحة التصرف بصفة نهائية وذلك بالموافقة عليه (إجازته) من جانب الولى

على المال أو من جانب المحكمة أو من جانب القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

ونعود الآن الى تفصيل الاعتبارين اللذين تدور حولهما أحكام أهلية الأداء.

**الاعتبار الأول - اهلية الاداء وتقسيم الاعمال القانونية:**

١٧٨- تنقسم الاعمال القانونية من حيث خطورتها الى خمسة أقسام[1]:

١ - **أعمال ضارة ضرراً محضاً**، ويترتب عليها افتقار الشخص بغير مقابل، كالهبة بالنسبة للواهب.

٢ - **أعمال تدور بين النفع والضرر**، وهي ما يحتمل الكسب والخسارة أي يتضمن عنصري الأخذ والعطاء كالبيع، والمقايضة والشركة والايجار.

٣ - **أعمال نافعة نفعاً بحتاً**، ويترتب عليها اغتناء الشخص دون مقابل، كقبول الهبة من جانب الموهوب له.

٤ - **إجراءات تحفظية**، وتهدف الى مجرد المحافظة على المال وتفادي ما قد يتهدده من أخطار، مثالها قطع التقادم، أو اتخاذ اجراء من اجراءات الشهر. وغالباً ما تتسم هذه الاجراءات بطابع الضرورة والسرعة.

٥ - **أعمال الادارة**، وهي أعمال تستهدف المحافظة على المال وعلى

---

(١) راجع أحمد سلامة، ص ٣٤٧ وما بعدها.

كفاءته الانتاجية، كالتعاقد مع العمال اللازمين للزراعة، وابرام عقود التأمين (حريق، حوادث، مسؤلية) وتحصيل الديون، والترميم والاصلاح.

**الاعتبار الثاني: مراحل السن كمعيار للتمييز ولاكتساب أهليه الاداء:**

**المرحلة الأولى: وتبدأ من تاريخ تمام الولادة حتى بلوغ سن السابعة (الصبى غير المميز).**

١٧٩- وقد اعتبرها القانون مرحلة انعدام التمييز، وخلص من ذلك الى منع الصغير من مباشرة كافة التصرفات القانونية، فإن تصرف بالمخالفة لهذا الحظر اعتبر تصرفه باطلاً باطلاناً مطلقاً، ويستوى فى ذلك أن يكون التصرف نافعاً نفعاً محضاً كقبول الهبة، أو دائراً بين النفع والضرر كالبيع، أو ضاراً محضاً كهبة المال للغير. ونظراً لأن البطلان المطلق يعنى انعدام التصرف واعتباره غير قائم منذ نشأته فقد قرر المشرع امتناع تصحيح العقد بإجازته، كما أجاز لكل صاحب مصلحة أن يتمسك بالبطلان كما أجاز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها.

ويقوم الولى (الاب أو الجد الصحيح) أو الوصى (الذى يختاره الاب أو تعينه المحكمة) بادارة أموال الصبى غير المميز لمصلحته ونيابة عنه.

**المرحلة الثانية: وتبدأ ببلوغ السابعة وتنتهى ببلوغ الواحد والعشرين.**

وقد قدر المشرع أن مكنة التمييز تبدأ فى هذه المرحلة، لذلك اجاز للصغير أن يجرى بعض التصرفات، ومنعه من إجراء بعضها الآخر، وذلك على ضوء درجة الخطورة الى يمثلها التصرف بالنسبة للشخص، ثم توسع فى نطاق التصرفات الجائزة مع تقدم السن على ماسنرى.

**المبدأ الذى يحكم تصرفات الصغير المميز:** يجوز للصغير فى هذه المرحلة أن يباشر التصرفات النافعة نفعاً بحتاً أى أن يقبل الهبة مثلا وتقع تصرفاته الضارة ضرراً محضاً باطلة بطلاناً مطلقاً. أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتقع باطلة بطلاناً نسبياً (قابلية للبطلان) بمعنى أن تظل صحيحة الى أن يحدث أحد أمرين: أن يتمسك ببطلانها هو أو من ينوب عنه، أو أن يجيزها الولى أو القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

وترد على هذا المبدأ بعض الاستثناءات المحددة التى تكتمل فيها أهلية الصغير بالنسبة لبعض التصرفات، وهى استثناءات تختلف باختلاف مراحل ثلاث (فى نطاق ما بن السابعة والواحد والعشرين): المرحلة الاولى تبدأ من تمام السابعة، وتبدأ الثانية ببلوغ السادسة عشرة، وتبدأ الثالثة ببلوغ الثامنة عشرة.

**١ - استثناءات تتقرر للصغير ببلوغه سن السابعة:**

١٨٠- (أ) نصت المادة ٦١ من قانون الولاية على المال بأن يكون

للقاصر فى هذه السن أهلية التصرف فيما يوضع تحت يده لأغراض نفقته الخاصة، ويبرر هذا الاستثناء ضآلة هذا المبلغ عادة. وليس من الملائم عملاً أن تفرض قيود على الصغير فى هذا الصدد.

ويؤدى منطق الاستثناء الى اباحة كافة أنواع التصرفات فى حدود المال المذكور، حتى ولو كان التصرف تبرعاً (ضار ضرر بحت)، كما يؤدى الى وجوب التقييد بحدود الاستثناء، بمعنى أن أى التزام من جانب الصغير يجاوز حدود ما خصص لنفقته يجب اخضاعه للقاعدة العامة.

(ب) نصت المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال جواز قيام الصغير بابرام عقد العمل الفردى، ويجوز للوصى أذا قدر خطورة العمل فى هذه السن على صحة الصغير أو على مستقبله أن يطلب من المحكمة أن تقضى بانهاء العقد. مع ملاحظة أن قانون الطفل حظر تشغيل الأطفال قبل بلوغ سن الرابعة عشرة[١].

**٢ - استثناءات تتقرر للصغير عند بلوغه السادسة عشرة:**

١٨١- نصت المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال على أنه يجوز للصغير فى هذه السن أن يتصرف فيما يكسبه من عمله الخاص يستوى أن يكون التصرف بعوض أو بغير عوض. ولا يجوز أن تتعدى التزامات الصغير حدود ما يكسبه، فإن جاوزت ذلك خضع التصرف لحكم القواعد العامة.

---

(١) حيث نصت المادة ١/٦٤ من قانون حماية الطفل على أن يحظر تشغيل الأطفال قبل بلوغهم أربعة عشر سنة ميلادية كاملة، كما يحظر تدريبهم قبل بلوغ اثنتى عشرة سنة ميلادية. كما قد تحظر بعض القوانين الخاصة ببعض الأعمال الشاقة أو الخطرة تشغيل الأحداث قبل بلوغ سن أعلى كالسابعة عشرة أو الثامنة عشرة مثلا.

ويبرر هذا الاستثناء أن الصغير الذى يكسب من عمله الخاص جدير بالثقة فى تصرفاته، وبالتالى فإذا ثبت من تصرف الصغير أنه غير جدير بهذه الثقة جاز للمحكمة أن تقيد تصرفاته بالنسبة لما يكسبه من عمله باخضاعها لنظام الولاية أو الوصاية.

**٣ - استثناءات تتقرر للصغير ببلوغ الثامنة عشرة:**

١٨٢- (أ) أجاز القانون (م ٦١٢ مدنى والمواد ٥٤ وما بعدها من قانون الولاية على المال) أن يأذن الولى (باشهاد لدى الموثق)، أو المحكمة، لمن بلغ الثامنة عشرة بتسلم أمواله لإدارتهم[1]. ويقتصر الاستثناء على أعمال الإدارة - دون أعمال التصرف - كالترميم والاصلاح والزراعة... الخ. ويستطيع الصغير وفاء واستيفاء ما يترتب على الادارة من ديون. وقد حظر المشرع صراحة على القاصر أن يقوم بالوفاء بغير ذلك من ديون حتى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو بأى سند تنفيذى آخر. كما حظر عليه أن يتصرف فى الربح الناتج من الادارة الا بالقدر الازم لنفقته ونفقة من تلزمه نفقتهم قانوناً (م ٥٦ من قانون الولاية على المال).

ويخضع الصغير فى ادارته لأمواله لرقابة الولى الذى أذن له بالادارة، فيجوز للولى أن يسحب منه الإذن كلياً أو جزئياً إذا وجدت أسباب تدعو لذلك. وإذا كان الاذن بالادارة قد صدر من المحكمة، فيجب

(١) راجع: المواد ١١ ومابعدها من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى شأن أهلية التجارة وضوابطها بالنسبة للمصريين والأجانب.

على القاصر أن يقدم لها حساباً سنوياً. وللمحكمة أن تأمر بايداع ما يتوفر من أموال خزانه المحكمة (فيمتنع السحب منه الا بإذنها)، كما يجوز للمحكمة أن تحد من الاذن أو أن تسحبه إذا ما اساء القاصر التصرف.

(ب) نصت المادة ٦٠ من قانون الولاية على المال على أن إذن المحكمة للقاصر بالزواج (الثامنة عشرة هى الحد الأدنى للزواج قانوناً) يعد إذنا له بالصرف فى المهر والنفقة. ففى حدود ما يوضع تحت تصرف القاصر لهذا الغرض يعتبر القاصر كامل الأهلية، أى قادراً على اجراء ما يراه من تصرفات قانونية معاوضة كانت أم تبرعاً.

(ج) نصت المادة ٥ من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص باصدار قانون الوصية على جواز وصية من بلغ الثامنة عشرة إذا أذنت له المحكمة، وقد هدف المشرع من هذا الاستثناء الى فتح الباب أمام القاصر لأداء عمل من أعمال القربى، ثم حرص على وضع الأمر تحت رقابة القضاء، نظراً لما يمثله التصرف التبرعى من خطورة خاصة.

(د) أجازت المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال أن تأذن المحكمة لمن بلغ الثامنة عشرة بالاتجار، وتضع المحكمة الحدود التى يتحرك فيها نشاط القاصر حيث يجوز أن يكون الاذن مطلقاً أو مقيداً. ولا اختصاص لغير المحكمة (الولى أو الوصى) فى اعطاء هذا الإذن[١].

---

(١) مع ملاحظة أن المادة ٣/١١ من قانون التجارة ١٧ لسنة ١٩٩٩ تنص على أن تكون للقاصر المأذون له فى الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التى تقتضيها تجارته.

**المرحلة الثالثة: بلوغ سن الرشد (٢١ سنة):**

١٨٣- تكتمل أهلية الشخص ببلوغة سن الواحد والعشرين. فقد افترض المشرع اكتمال الادراك والتمييز لديه عند بلوغه هذه السن. وينبنى على ذلك صلاحية الشخص لإتيان كافة التصرفات القانونية أيا كانت درجة خطورتها. وتنتهى ببلوغ سن الرشد الولاية أو الوصاية على مال الشخص.

وعندما يبلغ الشخص سن الواحد والعشرين تكون جميع تصرفاته صحيحة مالم يصيب الشخص عارض من عوارض الأهليه أو يعرض له مانع من موانع الأهلية.

**الولاية على مال القاصر:**

١٨٤- يؤدى حرمان القاصر من التصرف فى أمواله وادارتها إلى وجوب انشاء نظام يتولى هذه المهمة لمصلحته ونيابة عنه، ويسمى هذا النظام بالولاية على المال. وتثبت هذه الولاية للأب إن كان حياً، وعند عدم وجوده فللوصى الذى اختاره الاب قبل وفاته، فإن لم يوجد للجد الصحيح (أب الأب وإن علا)، فإن لم يوحد الجد فللوصى الذى تختاره المحكمة. ويطلق وصف الولى على الأب والجد، ويطلق وصف الوصى على غيرهما ممن يتولى الولاية. وتنتهى الولاية على المال - كما سبق أن أشرنا - ببلوغ الصغير سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه «م٤٤مدنى». فقد يعترى الشخص عارض يفقده الادراك والتمييز أو ينقص منهما فيفقده بالتالى أهليته أو ينتقص من اكتمالها. كما

قد يقوم بالشخص مانع يحول بينه وبين مباشرة التصرف القانونى، رغم اكتمال تمييزه وسلامة ارادته.. وسنعرض فيما يلى لعوارض الأهلية ثم لموانعها.

## ثانيا- عوارض الاهلية

١٨٥- قد يصاب الشخص بعارض يؤثر على تمييزه فيعدمه أو ينتقص منه بحيث يصبح غير قادر على تقدير الامور تقديراً سليماً، وقد رتب القانون على العارض - وفقاً لخطورته - انعدام الاهلية أو الانتقاص منهما.. وقد حصرت المادة ١٣ مدنى ما تعتبره من عوارض الأهلية: أن «المجنون والمعتوه وذو الغفلة والسفيه تحجر عليهم المحكمة وترفع الحجر عنهم وفقاً للقواعد والاجراءات المقررة فى القانون».. فعوارض الأهلية هى إذن الجنون والعته، والغفلة والسفه:

**١ - الجنون والعته:**

وهى آفات تصيب العقل فتسلب من الفرد إدراكه وتمييزه بصفة كلية أو جزئية ويختلف الجنون عن العته من حيث درجة كل منهما على التمييز ولكنهما يتفقان من حيث ما يرتبه عليهما القانون من آثار.

**فالجنون:** مرض يصيب العقل ويؤدى الى اختلال توازنه وعدم انتظام قواه، لذلك أخضع القانون المريض لذات الأحكام التى يخضع لها الصبى غير المميز، وأجرى على تصرفاته ذات الاحكام القانونية.

**أما العته:** فهو اضطراب فى العقل يصبح معه المريض مشوش

الفكر وغير قادر على تدبير اموره أو تقديرها التقدير السليم وأحياناً يطلق العته على الجنون المتقطع. فحالة المعتوه أقل خطورة من حالة الجنون، ومع ذلك فإن المواد ١١٣، ١١٤ مدنى أخضعت المعتوه والمجنون لذات الأحكام فاعتبرت تصرفاتهما باطالة بطلاناً مطلقاً سواء كانت ضارة ضرراً بحتاً أو دائرة بين النفع والضرر أو نافعة نفعاً بحتا.

ويقتضى ايضاح هذا الحكم ذكر تحديدين:

**الأول:** **أن المشرع لم يأخذ فى الاعتبار الحالة الفعلية للمريض** وقت التصرف، فقد يمر المريض بفترات يكون فيها عاقلا فى ادراكه وتمييزه ثم يبرم وهو فى هذه الحالة بعض التصرفات القانونية، ورغم ذلك وتفادياً لزعزعة الاستقرار بين الأفراد لم يفرق القانون، فى تصرفات المريض، على أساس حالته الفعلية وقت التصرف، واعتبر كل تصرفاته باطلة ابتداء من لحظة ثبوت مرضه.

**الثانى:** **أن المشرع قد حدد نقطة البدء بالنسبة لثبوت المرض، وبالتالى بالنسبة لبطلان التصرفات بتسجيل قرار الحجر**[1].. فكل ما يجريه المريض من تصرفات بعد تسجيل القرار المذكور يعتبر باطلا بطلانا مطلقاً م ١١٤/١مدنى، أما تصرفاته قبل تسجيل القرار فإنها صحيحة ولا مطعن عليها الا فى حالتين استثنائيتين (م١١٤/٢مدنى):

---

(١) قضت المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات بأن قرارات الحجر والمساعدة القضائية لا تكون حجة على الغير حسن النية الا من تاريخ تسجيل الطلب المقدم عنها فإن لم يسجل الطلب فمن تاريخ تسجيل الحكم، ويترتب على تسجيل الطلب ما يترتب على تسجيل القرار فى تطبيق احكام القانون.

١ - **حالة الجنون أو العته الشائع**، فإذا كانت حالة المريض معلومة لكل الناس بطل التصرف حتى لو كان قد تم قبل تسجيل قرار الحجر، ولا عبرة بعدم علم الطرف الآخر بحالة المريض.

٢ - **إذا كان من تعامل مع المريض يعلم بحالة المريض**، ففى هذه الحالة يبطل التصرف حتى ولو لم يكن خبر المرض شائعاً.

**السفه والغفلة:**

١٨٦- **السفيه** شخص مختل التدبير **ينفق على غير ما يقتضيه العقل**، فهو يتجاوز فى اسرافه الحدود المعقولة والعادية.

**أما ذو الغفلة** فيعرفه الفقه تارة بالشخص **طيب القلب الساذج**، وأحياناً **بالشخص ضعيف الادراك، بحيث يقع فريسة للغبن فى معاملاته** المالية.. ونعتقد أن من الأوفق أن يضاف الى تعريف ذى الغفلة ما يعكس ضعف قدراته العقلية بحيث يتميز تميزاً واضحاً عن حالة السفه. فالسفه يعكس ضعفاً فى الإرادة، ولا يعكس ضعفاً فى القدرات العقلية، ذلك أن المبذر شخص مكتمل التفكير يدرك تماماً العواقب السيئة لتصرفاته ومع ذلك ينساق خلف ضعف ارادته.. أما الغفلة فيجب أن تفهم على أنها نتيجة للضعف فى القدرات الإرادية على نحو لا يمكن معها للشخص أن يدرك المضمون العادل والمعقول للتوازن فى علاقاته المالية.

ولم يفرق القانون بين تصرفات السفيه وتصرفات ذى الغفلة حيث أخضعها جميعاً لذات احكام تصرف الصبى المميز «انظر ما سبق» . وقد صيغت هذه القاعدة فى المادة ١١٥ مدنى (إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبى المميز من أحكام - أما التصرف الصادر قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلاً أو قابلاً للبطلان إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ) .

ويتضح من هذا النص أن المشرع قد جعل بطلان التصرف أو صحته منوطاً بوقت ابرامه وهل كان ذلك قبل تسجيل قرار الحجر أو بعده . . ويحتاج الامر لشئ من التفصيل:

**تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل تسجيل قرار الحجر:**

يقع التصرف فى هذه الحالة صحيحاً منتجاً لآثاره، ولكن المشرع خرج على هذه القاعدة إذا حدث **تواطؤ أو استغلال**. فإذا تواطأ السفيه أو ذى الغفلة مع شخص آخر بقصد تهريب أمواله قبل تسجيل قرار الحجر، وقع التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً، إذا كان ضاراً ضرراً بحتاً، وقابلاً للابطال إذا كان دائراً بين النفع والضرر. ويسرى ذات الحكم إذا كان من تعامل مع السفيه أو ذى الغفلة قد استغل حالته . . وفى غير هاتين الحالتين يقع التصرف صحيحاً حتى ولو كانت حالة السفيه أو الغفلة شائعة بين الناس.

**تصرفات السفيه وذى الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر:**

يأخذ التصرف فى هذه الحالة حكم تصرف الصبى المميز، أى أنه صحيح إن كان نافعاً محضاً، وباطل أن كان ضاراً محضاً، وقابلاً للابطال إن كان دائراً بين النفع والضرر.

وقد أورد القانون على نقص الاهلية فى هذه المرحلة الاستثنائين الآتين: وقد سبق تقريرهما بالنسبة للصبى المميز:

١ - يجوز للسفيه وذى الغفلة أن يتسلم أمواله لادراتها كلها أو بعضها، وتسرى على الادارة ذات لاحكام الخاصة بالصبى المميز والسالف بيانها (م ١١٦ مدنى و٦٧ من قانون الولاية على المال).

٢ - يصح الوقف أو الوصية الصادرة عن السفيه أو ذى الغفلة على أن يكون ذلك منوطاً بإذن المحكمة.

**الولاية على مال المحجور عليه لجنون أو عته أو سفه أو غفلة:**

١٨٧- تعين المحكمة قيماً للولاية على مال المحجور عليه، وتسرى على القوامة الأحكام المقررة بالنسبة للوصى على القاصر. وتثبت القوامة للابن البالغ ثم للاب فللجد ثم لمن تختاره المحكمة.

### ثالثاً- موانع الاهلية

١٨٨ - قد يكتمل لدى الشخص البالغ الرشيد الادراك والتمييز اللازمين للتمتع بأهلية مباشرة التصرفات القانونية ومع ذلك يقوم به مانع يحول دون امكانية الممارسة الفعلية لهذه الاهلية أو يجعل من الملائم - حماية لمصالحه - أن يعاونه غيره فى ابرام التصرفات القانونية.

وقد يرجع المانع الى سبب مادى أو قانونى أو صحى:

**١- المانع المادى: الغيبة:** قد يتغيب الشخص عن موطنه ويترتب على غيبته تعطيل مصالحه، فيلزم تعيين شخص يتولى ادارة امواله. فإن كان الغائب قد عين له وكيلاً قبل غيبته حكمت المحكمة بتثبيت الوكيل إذا توافرت فيه شروط الوصى.

فإن لم يكن الغائب قد عين وكيلاً عنه تولت المحكمة من جانبها مهمة الاختيار.

وقد يكون الغائب مفقوداً لا تعرف حياته من مماته، وقد تكون حياته مؤكدة ولكن ظروف وجوده فى الخارج تحول دون مباشرته أموره بنفسه. وفى جميع الاحوال تقوم المحكمة بتعيين وكيل أو تثبت الوكيل القائم بعد مضى سنة على الغيبة (م ٧٤ ، ٧٥ من قانون الولاية على المال).

**٢ - المانع القانونى: الحكم بعقوبة الجناية:** نصت المادة ٢٥

من قانون العقوبات على أن من يصدر عليه الحكم بعقوبة الجناية (الاشغال الشاقة، السجن، الاعدام) يكون محجورا عليه طوال مدة تنفيذ العقوبة ويتعين عليه أن يختار قيما توافق عليه المحكمة الابتدائية (فى غرفة المشورة) الكائن بدائرتها محل اقامته، فإذا لم يختر لنفسه تولت المحكمة هذه المهمة.. ويختص المحكوم عليه بنفسه بأعمال التصرف بعد الحصول على إذن المحكمة، فإذا تصرف المحكوم عليه بغير إذن كان تصرفه باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وبعد انقضاء مدة عقوبته أو الافراج عنه ترد له أمواله ويقدم له القيم حساباً عن إدارته.

ويعتبر منع المحكوم عليه من ادارة أمواله وتقييد حريته فى التصرف من قبيل العقوبة التكميلية للعقوبة الأصلية.

**٣ - المانع الصحى: العاهة المزدوجة والعجز الجسمانى الشديد:**

تتفق هذه الموانع مع سابقتها فى أن الشخص لا تنقصه الارادة ولا يعوزه التمييز، ولكن حالته الصحية (على الوجه الذى حدده القانون) لا تسمح بالاطمئنان على قدرته على الانفراد بالتصرف القانونى، إما لأن المرض قد اقعده عن الاحتكاك بالحياة والتمتع بالخبرة الكافية، وإما لخشية تعذر تعبيره عن إرادته بما يطابق حقيقة مقصده.. لذلك قدر المشرع ضرورة أن يعين لمثل هذا الشخص من يساعده على ابرام التصرفات القانونية.. فما المقصود بالعاهة المزدوجة والعجز الجسمانى الشديد؟

**العاهة المزدوجة:**

نصت المادة ١١٧ من القانون المدنى على أنه «اذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أبكم، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن ارادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائياً يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك. . ويكون قابلاً للابطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة فيها متى صدرت من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائياً بغير معاونة المساعد إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة.

ولبيان حكم هذا النص نعرض أولاً لشروط تقرير المساعدة القضائية لذى العاهتين، ثم لبيان حدود المساعدة وأحكامها:

**أولاً - شرط تقرير المساعدة القضائية:**

١ - وجوب اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث المذكورة فى النص وهى العمى، الصمم، والبكم.

٢ - أن يتعذر على الشخص بسبب عاهته المزوجة أن يعبر عن إرادته. ويؤدى هذا الشرط إلى امتناع فرض المساعدة القضائية إذا تمكن الشخص رغم عاهته من التعبير عن ارادته بطريقه كافية، كما لو كان قد تلقى تعليماً خاصاً يمكنه من ذلك.

**ثانياً - حدود المساعدة القضائية واحكامها:**

١ - يستفاد من نص المادة ١١٧ مدنى أن المحكمة هى التى تحدد التصرفات التى تلزم فيها المساعدة القضائية، ولكن المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال لم تترك للقاضى الحرية فى هذا الشأن فقررت أن التصرفات التى تلزم فيها المساعدة القضائية هى التصرفات التى لا يجوز للوصى على القاصر أن يباشرها بغير إذن المحكمة ( المنصوص عليها فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال) .

٢ - أن مهمة المساعد القضائى تنحصر فى مشاركة الشخص فى ابرام التصرفات القانونية، فهو مجرد معاون مشارك لصاحب الشأن.

وإذا انفرد المساعد بالتصرف كان تصرفه غير نافذ فى حق من تقررت له المساعدة، وإذا انفرد ذو العاهة المزدوجة بالتصرف كان تصرفه قابلاً للابطال لمصلحته (وليس من سلطة المريض أن يجيز التصرف طالما كان خاضعاً للمساعدة القضائية، يجوز للمساعد أن يجيز التصرف لأنه لو كان قد اشترك فى ابرامه لأصبح صحيحاً نافذاً) .

ويترتب على وجوب اشتراكهما معاً فى التصرف إمكان وقوع خلاف بينهما حول ابرام تصرف ما، وفى هذه الحالة يجب الالتجاء الى المحكمة لتجيز لأحدهما أن ينفرد بالتصرف أو لتعين المريض مساعداً آخر يساعده فى ذلك.

**العجز الجسمانى الشديد:**

استحدثت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال حالة العجز الجسمانى الشديد كمبرر لفرض نظام المساعدة القضائية إذا كان يخشى معها انفراد الشخص بالتصرف فى ماله. . وقد قصد المشرع الى التوسع فى نظام المساعدة لتغطية حالات قد لا تصل الى حد اجتماع عاهتين، كأن يصاب الشخص بشلل يعجزه عن النطق أو عن الحركة فيلزم مساعدته فى التصرف القانونى.

ويقدر القاضى فى كل حالة مدى العجز الجسمانى وهل وصل من الجسامة حداً يبرر تعيين مساعد قضائى أم لا . وتسرى على حدود المساعدة وأحكامها ذات القواعد التى سبق ذكرها بمناسبة العاهة المزدوجة.

## المطلب الثانى

## الذمة المالية

١٨٩- سبق أن أشرنا الى أن الفرد يكتسب الشخصية القانونية منذ ولادته، وأن معنى ذلك قابليته لاكتساب الحق والتحمل بالالتزام، وأن من الحقوق والالتزامات طائفة يمكن تقويمها اقتصادياً وتسمى بالحقوق والالتزامات المالية كالحقوق العينية والحقوق الشخصية والجوانب المالية فى الحقوق الذهنية.

ويتكون من مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية ما يسمى بالذمة المالية. . وتتميز هذه الذمة بخصائص ثلاث:

١ - أن الذمة المالية تعبير عن مجموع من العناصر ذات القيمة الاقتصادية، وبالتالى فهى لا تنصرف الى ماقد يكون للشخص من حقوق سياسية أو حقوق عامة أو حقوق اسرة أو الجوانب الادبية للحقوق الذهنية.

٢ - أن الذمة تعبير عن مجموع الحالة المالية للشخص بجانبيها الايجابى «الحقوق» والسلبى «الالتزامات»، وأن صلة لا تقبل الانفصال تربط بين هذين الجانبين: فمجموع الحقوق يعتبر ضماناً للوفاء بمجموع الالتزامات سواء حال الحياة أم بعد الوفاة. . فحال حياة الشخص تعتبر أمواله «جميعها ضامنة للوفاء بديونه» م ٢٣٤ مدنى.

أما بعد الوفاة فلا تركه الا بعد سداد الديون، وقد عبرت عن هذا المعنى المادة ٨٩٩ مدنى «بعد تنفيذ التزامات التركة يؤول ما بقى من أموالها الى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى».

٣ - أن الذمة المالية لا تختلط بالمفردات المكونة لها فهى أشبه بالوعاء أو الاطار الذى تنصب فيه هذه المفردات دون أن يتأثر فى وجوده بحالة هذه المفردات. . فقد لا يكون للشخص حقوق وقد لا تكون عليه التزامات. والذمة لا تتأثر فى وجودها بدخول الأموال اليها أو خروجها منها، وأن ما يهم الدائن هو حالة الذمة المالية وقت استيفائه لحقه.

ويعد ترتيب هذه النتيجة أمراً لازماً لكفالة حق المدين فى التصرف فى أمواله ولكفالة الاستقرار للمعاملات، إذ لو قلنا بعكس ذلك لأصبح المدين مشلولاً عن التصرف فى امواله لمجرد وجود دين فى ذمته ولأصبح التعامل بين الناس مشوباً بالحذر المبالغ فيه مما يضر بالاستقرار الواجب فى المعاملات.

**مخاطر فكرة الضمان العام ووسائل تفاديها:**

١٩٠- يمثل الضمان العام على الوجه السالف بيانه مخاطر شتى بالنسبة للدائنين. فقد أشرنا إلى أن الضمان العام لا يرد على مفردات الذمة المالية بل على الذمة المالية ككل، وأن المدين يستطيع بالتالى أن يتصرف فى مفردات ذمته الواحد تلو الآخر دون أن يستطيع الدائن أن يحتج على ذلك، وقد يصل الأمر نتيجة لهذا المبدأ إلى حد مفاجأة الدائن وقت الوفاء بذمة مدينة خاوية.. وقد حاول التنظيم القانونى أن يحد من مساوئ هذا الوضع بوسائل عدة أهمها ثلاث:

**أولاً - الدعوى غير المباشرة:**

قد تكون للمدين حقوق قبل الغير ثمن يتقاعس عن المطالبة بها مما يؤدى الى اعساره أو زيادة اعساره، وقد اعطى المشرع الدائن سلطة استعمال حقوق مدينه نيابة عنه عن طريق ما يسمى بالدعوى غير المباشرة. ويترتب على نجاح الدائن فى المطالبة بحقوق مدينة دخول هذه الحقوق الى ذمة هذا المدين بحيث تكون ضماناً لوفاء بما عليه من ديون.

ويشترط القانون (المواد ٢٣٥، ٢٣٦ مدنى) لاستخدام الدعوى غير المباشرة شرطين:

**الأول:** أن يؤدى اهمال المدين الى اعساره أو زيادة إعساره.

**الثانى:** ألا يكون الدين القائم فى ذمة الغير متصلاً بشخص المدين أو غير قابل للحجز عليه، ففى الحالة الأولى لا يجوز لغير المدين أن يستعمل الحق اللصيق بشخصية المدين، وفى الحالة الثانية لن يستفيد الدائن شيئاً من عودة المال الى ذمة مدينه.

**ثانياً - دعوى عدم نفاذ التصرف أو الدعوى البوليصية (م ٢٣٧ مدنى وما بعدها).**

وهى دعوى يرفعها الدائن بغرض حماية نفسه من تصرفات مدينه سئ النية.. فإذا تصرف المدين فى مال من أمواله وترتب على هذا التصرف اعسار المدين أو زيادة اعساره، كان من حق الدائن أن يرفع دعوى يطلب فيها الحكم له بعدم نفاذ تصرف المدين فى حقه فإذا قضى له بذلك اعتبر المال وكأنه لم يخرج من ذمة المدين، بحيث يستطيع الدائن أن يحجز عليه وأن يستوفى دينه من ثمنه. وقد فرق القانون بالنسبة لشروط نجاح هذه الدعوى بين حالة ما إذا كان التصرف معاوضة أو تبرعا.

**فإذا كان التصرف معاوضة** يجب للحكم بعدم نفاذ التصرف توافر ثلاثة شروط:

**الأول:** أن يترتب على التصرف الانتقاص من حقوق المدين أو زيادة التزاماته بحيث يؤدى ذلك الى اعساره او زيادة اعساره (م٢٣٧ مدنى) .

**الثانى:** أن يكون تصرف المدين منطوياً على الغش ويكفى لاعتباره كذلك علمه بأن المدين معسر (م ٢٣٨مدنى) .

**الثالث:** أن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ويكفى لاعتباره كذلك علمه بأن المدين معسر (م ٢٣٨ مدنى) .

أما **إذا كان التصرف تبرعاً فيكفى** لعدم نفاذ التصرف فى حق الدائن أن يؤدى التصرف الى اعسار المدين أو زيادة اعساره (م ٢٣٨ مدنى) .

**ثالثاً - الحصول على حق عينى تبعى:**

تعتبر الوسائل السابقة غير مضمونه النتائج فى جميع الاحوال ذلك انها تقتضى من الدائن الماماً بحالة مدينه المالية وعلاقاته بالغير . . كما أن الدائن يظل مهدداً دائماً بتزاحم الدائنين وعدم كفاية أموال مدينه للوفاء بحقوقهم، فيضطر، نزولاً على مبدأ المساواة إلى الاشتراك مع غيره فى قسمة هذه الاموال قسمة غرماء لذلك كانت أنجح الوسائل هى الحصول على حق عينى تبعى يضمن للدائن الحصول على حقه بالافضلية على غيره من الدائنين . . وقد سبق أن تعرضنا لهذه الفكرة فى مقام دراستنا لأنواع الحقوق المالية (راجع ما سبق) .

## الفصل الثانى

## الشخصية القانونية الاعتبارية

## la personnalite morale[(١)]

١٩١ - قلنا أن الشخصية القانونية تعبر عن الصلاحية لممارسة الحياة القانونية وذلك بالقدرة على اكتساب الحق والتحمل بالالتزام والقدرة على أداء التصرفات القانونية المؤدية إلى تلك النتيجة.. كما أشرنا الى أن الإنسان يتمتع، بوصفه مركزاً للنشاط الاقتصادى والاجتماعى والسياسى فى المجتمع، بالشخصية القانونية، وأن هذه الحقيقة حتمية لا مجال للنقاش فيها فى الوقت الحاضر.

غير أن تطور وتعقد نشاط الانسان فى العصر الحديث قد كشف عن ضرورة اسباغ الشخصية القانونية، وما يلازمها من صلاحيات، على كيانات أخرى غير الشخص الطبيعى.. فقد يتكتل جمع من الافراد للقيام بنشاط معين، وقد ترصد مجموعة من الاموال لتحقيق هدف محدد ثم يرغب القائمون بالنشاط فى الفرض الأول، أو أصحاب الاموال فى الفرض الثانى، فى أن يكون لنشاطهم كياناً مستقلاً يمارس حياة قانونية مستقلة عنهم بحث يكون له اسم وموطن وذمة مالية استقلالا عن الاشخاص المكونين له.. وكان لابد أن يستجيب الفن القانونى لهذه

---

(١) راجع: احمد سلامة، السابق ص ١٩٩ وما بعدها، وحسن كيره السابق ص ٥٧٩ وما بعدها.

الحاجة فوجد فى الشخصية الاعتبارية وسيلة الى اعطاء الدولة وهيئاتها العامة والشركات والجمعيات والمؤسسات صفة الوحدات المستقلة التى تمارس حياة قانونية مستقلة.

ولايضاح هذه الفكرة نعطى المثال التالى: لو افترضنا أن مجموعة من الاشخاص اتفقوا عل انشاء جميعة لتحقيق اغراض معينة.. فماذا يعنى عدم الاعتراف لها بالشخصية القانونية، وماذا يعنى الاعتراف لها بهذه الشخصية؟

**فى حالة عدم الاعتراف:** لن يكون للتجمع المذكور أى وجود قانونى مستقل عن الافراد المكونين له، فلن يستطيع اكتساب الحقوق أو التحمل بالالتزام بصفة مستقلة، وإذا قام افراد التجمع بتخصيص بعض الاموال لتحقيق الهدف الذى يسعون اليه فإن هذه الاموال تصبح مملوكة لهم جميعاً ملكية مشتركة، وإذا رغب هؤلاء فى التصرف فى هذه الاموال فلابد من اتفاقهم جميعاً على ذلك، وإذا أنابوا عنهم غيرهم فإن آثار تصرف النائب تنصرف اليهم شخصياً.

**أما لو اعترفنا للتجمع بالشخصية القانونية** فإن معنى ذلك أن يكون للتجمع وجود مستقل عن الافراد المكونين له وأن يمارس حياة قانونية خاصة به بحيث يستطيع اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات التى تنصب مباشرة فى ذمته المالية المستقلة.. ويترتب على ذلك أن الاموال التى تخصص لتحقيق أغراض التجمع تسند ملكيتها

اليه مباشرة ولا علاقة لافراده بها، كما يسأل التجمع عن ديون دون ما مسئولية على جانب الافراد - الا إذا كانوا قد تعهدوا صراحة بضمان دوين الشخص المعنوى - كما أن التصرفات التى تبرم بمناسبة نشاط الشخص المعنوى تجرى باسمه دون حاجة إلى موافقة الأعضاء.

ومعنى كل ما سبق أن يكون للشخص المعنوى اسم وموطن وذمة مالية وصلاحية للمارسة الحياة القانونية كما سبق أن اشرنا، كما يكون له أن يُقَاضِى ويُقَاضَى باسمه الخاص.

غير أن التسليم بالشخصية الاعتبارية قد اثار كثيراً من الجدل حول تحديد طبيعتها القانونية، ذلك أن فى مفهوم الفقه أن الشخصية القانونية من لوازم الشخصية الانسانية. فكيف يمكن اسباغها على غيرها ؟

**النظريات التى قيل بها حول طبيعة الشخصية الاعتبارية:**

**أولاً - نظرية الحيلة أو الافتراض la fiction:**

١٩٢- تذهب هذه النظرية الى أن فكرة الشخص المعنوى ما هى الا حيلة توصل اليها الفن القانونى لتمكين مجموعة من الأشخاص أو الأموال من ممارسة حياة قانونية مستقلة، فهى وسيلة صناعية من خلق القانون ولا تمثل بحال أية حقيقة واقعية. والحقيقة الواقعية الوحيدة هى حقيقة شخصيات الافراد المشتركين فى تكوين الشخص المعنوى وليس

معنى ذلك أن هذه النظرية تنكر أو تعادى فكرة الشخصية الاعتبارية ولكنها تنتهى فقط الى أن هذه الشخصية بوصفها خلقاً صناعياً لا يمكن أن توجد الا إذا اقرها المشرع وفى الحدود الى يرسمها لها . وبالتالى فالأصل أن تجمع الاشخاص أو الاموال لا يتمتع بأية صلاحيات قانونية والاستثناء أنه يتمتع بهذه الصلاحيات بناء على نصوص قانونية صريحة.

وقد اعتنق هذه النظرية أغلب الفقه فى مطلع القرن التاسع عشر ولكن تطور الحياة الاقتصادية والصناعية والاجتماعية، وما عاصره من تطور النظام الرأسمالى، قد أديا الى تكاثر الاشخاص الاعتبارية كالشركات الضخمة والجمعيات والنقابات.. وقد اتخذت هذه الاشخاص أهمية بالغة فى النشاط الاقتصادى والاجتماعى مما دعى الى انتقاد نظرية الافتراض، خاصة وأنها تؤدى الى الحد من صلاحيات الشخص المعنوى وتجعل من هذه الصلاحيات استثناء لا يتقرر الا بتدخل المشرع.

وبدء من هذا النقد ظهرت نظرية تقول أن الشخصية الاعتبارية حقيقة لا افتراض.

**ثانياً - نظرية الحقيقة la rèalitè:**

١٩٣- وتذهب هذه النظرية الى أن الشخصية الاعتبارية ليست افتراضاً خلقه المشرع بل هى حقيقة واقعية لها وجود مستقل عن شخصيات الاعضاء المكونين لها.. فالمشرع لا يخلق الشخص الاعتبارى

بل يقتصر دوره على اقرار وجوده كما يفعل بالنسبة للأشخاص الطبيعين.

وقد عيب على هذه النظرية أنها تجاوز الحدود المقبولة فى تقدير الشخصية الاعتبارية.. وتقيد حرية المشرع فى مواجهتها بحيث يقتصر دوره على الاعتراف بها، بل أن النظرية تذهب الى أن هذه الشخصية توجد بغض النظر عن اعتراف القانون.. ولا شك أن المصلحة العامة لا تقر هذا المنطق، إذ يلزم أن يكون للمشرع دور اساسى فى انشاء الشخص الاعتبارى وفى تنظيم نشاطه، والنقاش قد يثور حول مدى سيطرة المشرع على هذا التنظيم وليس حول قدرته على الاعتراف أو عدم الاعتراف بوجود الشخصية الاعتبارية.

**ثالثاً - نظرية الملكية المشتركة:**

١٩٤- تنكر هذه النظرية وجود شخص معنوى مستقل عن الاشخاص الطبيعين، وتعتبر أن الشخصية المعنوية احتيال ليس هناك ما يدعو اليه وتدعو هذه النظرية الى أن نستبدل بفكرة الشخص المعنوى فكرة الملكية المشتركة فحين يقال شخص معنوي يقصد بذلك أن هناك مجموعة من الأموال التى لا تخضع لنظام الملكية الفردية، أى أن هناك مجموعة آشخاص طبيعين يملكون الأموال المخصصة لتحقيق الهدف المشترك ملكية شائعة، وبالتالى فإن ما يزعم أنه شخص اعتبارى ليس سوي ملكية مشتركة. فأموال الشخص الاعتبارى ليست مملوكة له متميزاً ومستقلا بل هى مملوكة لأعضائه.

وقد تعرضت هذه النظرية للنقد فى عدة نواح، منها أنها تصورت أن الشخص المعنوى يمثل تجمعاً من الأموال، وأن المشكلة الرئيسية هى فى تكييف اسناد هذه الاموال للأشخاص الطبيعين المشتركين فى التجمع. ولا شك أن هذا التصوير خاطى من زاوينين:

**الأولى:** أن الشخص المعنوى قد لا يستند إلى تجمع من الأموال بل يقتصر على تحقيق أهداف خيرية أو ثقافية دون الاستعانة بالمال (الجمعيات الخيرية والثقافية والدينية) وبالتالى لا مجال فيها للحديث عن ملكية مشتركة أو شائعة.

**والثانية:** أنه حتى فى الحلات التى يمثل فيها الشخص المعنوى تجمعاً من الأموال فإن نظام الملكية المشتركة أو الشائعة لا يستقيم مع مقتضيات تسيير الشخص المعنوى وإدارة نشاطه؟ ذلك أن المال الشائع لابد لإدارته من اجماع الشركاء أو أغلبيتهم (حسب النظام القانونى السائد)، كما أن لكل شريك أن يطلب فى أية لحظة.

وهاتان النتيجتان لا تتفقان ومقتضيات تنظيم وتسيير الشخص المعنوى كما تدعو إليه الضرورات الاقتصادية والاجتماعية.

**رابعاً - تعقيب: الشخصية الاعتبارية مجرد وسيلة فنية:**

١٩٥- يبدو أن بعض النظريات السابقة قد بدأت أفكارها من نقطة معينة وهى أن الشخصية القانونة حكر على الإنسان الطبيعى، وبالتالى اعتبروا أن مدها الى نطاقات اخرى يعتبر خروجاً على الوضع الطبيعى ويحتاج نتيجة لذلك الى تبريرات قوية.

والأقرب للصواب، فى رأينا، هو أن فكرة الشخصية القانونية هى فى حد ذاتها وسيلة قانونية وفنية للتعبير عن وضع قانونى معين. وهى بالنسبة للإنسان تعبير عن مظاهر ونتائج انخراطه فى جماعة منظمة من الناحية القانونية. فحين يقال أن القانون قد وجد لتنظيم الحياة فى الجماعات البشرية، فإن هذا القول يؤدى الى حتمية الاعتراف لأفراد الجماعة بالصلاحية لممارسة الحياة القانونية (اكتساب الحق والتحمل بالالتزام والقدرة على التصرف القانونى). ولقد سبق أن أشرنا إلى بعض الشعوب كانت تحرم بعض أفرادها من الشخصية القانونية (نظاما الرقيق والموت المدنى فى القانون الرومانى) مما يؤكد أن الحتمية المشار اليها ليست حتمية تمليها الطبيعة، بل هى حتمية يتحدد مداها على ضوء الموقف الفلسفى والتشريعى تجاه اهمية الانسان ومدى احترام شخصيتة فى مواجهة التنظيم القانونى.

ويجدر بالملاحظة أن القول بأن الشخصية القانونية عموماً هى وسيلة فنية، سواء بالنسبة للشخص الطبيعى أو بالنسبة لغيره من التجمعات، لا يعنى تمتع الشخص المعنوى بكافة الحقوق والصلاحيات التى يتمتع بها الشخص الطبيعى. فالانسان بصفته الانسانية يتمتع بحقوق لا تجوز لغيره من الكائنات كالحقوق اللصيقة بالشخصية وحقوق الاسرة والحقوق السياسية، كما أنه بوصفه مركزاً للتنظيم الاجتماعى يمارس من الانشطة مالا ينحصر فى حدود معينة (اللهم سوى التقيد بحدود النظام العام والآداب العامة). أما الشخص الاعتبارى فإنه ينشأ

أساسا بقصد تحقيق هدف معين، ومن المنطقى أن تنحصر صلاحيته القانونية فى الحدود اللازمة لهذا الغرض.. بل أن المشرع قد يمنعه صراحة من ممارسة وجه معين من أوجه النشاط إذا قدر عدم لزومه لتحقيق اغراض الشخص المعنوى أو خطورته على الصالح العام.

وأخيراً، ونظراً لأن الشخص المعنوى كوحدة مستقلة ليست له ارادة حقيقية تمكنه من التصرف لذاته بذاته، كان لابد أن يمثله فى ممارسة النشاط القانونى شخص طبيعى، على أن تنصرف آثار التصرفات والاعمال القانونية، التى يؤديها الممثل القانونى، إلى الشخص الاعتبارى مباشرة.

**١٩٦- أنواع الأشخاص الاعتبارية:**

نصت المادة ٥٢ من القانون المدنى على أن الاشخاص الاعتبارية هى:

١ - الدولة وكذلك المديرات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية .

٣ - الأوقاف .

٤ - الشركات التجارية والمدنية.

٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التى سيأتى ذكرها.

٦ - كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون[1].

كما نصت المادة ٥٣ مدنى على أن يتمتع الشخص الاعتبارى بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك فى الحدود التى قررها القانون فيكون له:

أ - ذمة مالية مستقلة.

ب - أهلية فى الحدود التى يعينها سند انشائه أو التى يقررها القانون.

جـ - حق التقاضى.

د- موطن مستقل. ويعتبر موطنه المكان الذى يوجد فيه مركز إدارته.

والشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر يعتبر مركز إدارتها، بالنسبة إلى القانون الداخلى، المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية.

- ويكون له نائب يعبر عن إرادته.

---

(١) راجع: القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ باصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية.

**اكتساب الشخصية الاعتبارية:**

١٩٧- لابد، وفقاً للقانون المصرى، من تدخل المشرع لكى يكتسب أى تجمع للأموال أو الأشخاص الشخصية القانونية الاعتبارية. ويتخذ هذا التدخل إحدى صورتين: الأولى: **الاعتراف العام** والثانية **الاعتراف الخاص**. ويتحقق **الاعتراف العام** حيث يضع المشرع شروطاً عامة ومسبقة يؤدى توافها الى اكتساب الشخصية القانونية دون تدخل خاص من جانب المشرع.

أما **الاعتراف الخاص** فمعناه أن المشرع يستلزم صدور ترخيص خاص فى كل حالة على حدة، بحيث لا تكتسب الشخصية القانونية لتجمع المال أو الأشخاص إلا بصدور الترخيص وقد اعتبر المشرع المصرى من الاعتراف العام القاعدة بالنسبة للدولة والمحافظات والمدن والقرى والأوقاف والشركات والجمعيات والمؤسسات الخاصة، وفيما عدا ذلك يلزم صدور ترخيص خاص.

**انقضاء الشخصية الاعتبارية:**

١٩٨- قد ينقضى الشخص الاعتبارى انقضاء اختيارياً وقد ينقضى انقضاء اجبارياً وقد ينقضى انقضاء طبيعياً:

ويتم **الانقضاء الاختيارى** بناء على اتفاق جميع الاعضاء المشتركين فى تكوين الشخص الاعتبارى أو أغلبيتهم (حسب ما يحدده القانون أو النظام المنشئ) على انهاء وجوده.

أما **الانقضاء الاجبارى** فيتم باجراء من جانب سلطات الدولة التشريعية أو التنفيذية أو الادارية أو القضائية.

وأخيراً **قد يكون الإنقضاء طبيعياً** وذلك بانتهاء الأجل المحدد للشخص الاعتبارى أو باستنفاد أو استحالة الغرض الذى قام الشخص من أجله، أو بموت الأفراد المكونين له (بالنسبة لتجمع الأشخاص) أو المنتفعين بخدماته (بالنسبة لتجمع الأموال).

# الباب الثالث

# محــل الحــق

## الباب الثالث

## محل الحـــق

١٩٩ - أشرنا إلى أن الحق يرد على قيمة معينة وأن هذه القيمة قد تكون عـملاً أو امتناعاً عن عـمل، كما هو الحال فى الحق الشخصى، وقد يكون محل الحق شيئاً معيناً، كما هو الحال فى الحق العينى. والشئ قد يكون مـادياً كالعقـارات أو المنقولات، وقد يكون مـعنوياً[١] كـأفكار المؤلف أو انتاج الفنان.

وقد سبق أن تعرضنا لمحل الحق الشخصى، وهو الأعمال، بمناسبة عرضنا لأنواع الحقوق الشخصية، وسنقتصر هنا على التعرض للأشياء بوصفها محلاً للحقوق العينية، وذلك من ناحيتين: الأولى لبيان الشروط الواجب توافـرها فى الشئ لكى يصلح مـحـلاً للحق، والثـانيـة لبـيـان تقسيمات الاشياء.

### أولاً - الشروط الواجب توافرها فى الشئ لكى يكون محلاً للحق العينى

٢٠٠- نصت المادة ٨١ من القـانون المدنى على «أن كل شى غـيـر

---

(١) يلاحظ أن من الفقه من يرى أن الاشياء المادية وحدها هى التى يمكن أن تكون محلاً للحق العينى ويرى البعض الآخر أن محل الحق العينى قد يكون شيئاً مادياً وقد يكون شيئاً معنوياً ذلك أن الفكرة الاساسية فى الشىء هى أن له كياناً مستقلاً عن كيان الشخص فلا اهمية بعد ذلك أن يكون هذا الشىء مادياً يدرك بالحس أو معنوياً لا يدرك الا بالفكرة.
- وراجع احمد سلامة، ص ٢٣٧ وما بعدها.

خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق العينية. وخروج الشئ عن التعامل قد يكون بحكم طبيعته وقد يكون بمقتضى القانون.

والأشياء الخارجة عن التعامل بحكم طبيعتها هى تلك «التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بها»، فالحق يفترض الاستئثار والتسلط فإذا تعذر ذلك بسبب طبيعة الشئ امتنع ورود الحق عليه.

ومن قبيل الاشياء التى تحول طبيعتها دون التعامل فيها الشمس والهواء ومياة البحار.. فكلها اشياء تتعذر على الحيازة الفردية. ولذلك إذا استطاع الشخص الاستحواذ على قدر محدد من الأشياء المشار اليها (الهواء المضغوط) أمكن أن يكون هذا القدر محلاً لحق.

أما الاشياء الخارجة على التعامل بمقتضى القانون فهى اشياء لا تستعصى بحكم طبيعتها على الحيازة الفردية وبالتالى تقبل التعامل فيها وتداولها ولكن القانون يمنع التعامل فيها لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة... كالمخدرات والأشياء المملوكة للدولة والمخصصة للمنفعة العامة[١].

---

(١) يجدر بالملاحظة انه من ناحية الاصطلاح القانونى يختلف «الشى» عن المال. فالمال هو كل حق له قيمة اقتصادية، أى يمكن تقويمه بالنقود، سواء كان حقاً عينياً أو حقاً معنوياً. أما الشئ فهو المحل الذى يرد عليه الحق المالى. وقد يرد على ذات الشئ الواحد اكثر من حق مالى (ملكية الرقبة لشخص وحق الانتفاع لشخص آخر..).

**ثانيا- تقسيمات الاشياء**

٢٠١ - تنقسم الاشياء إلى مادية وغير مادية. **والأولى** هى تلك التى يمكن ادراكها بالحس كالعقارات والمنقولات، أما **الثانية** فهى لا تدرك إلا بالفكر كالقيم الذهنية. وتبدو أهمية هذه التفرقة فى أن الشئ المادى، دون الشئ المعنوى، هو الذى يصلح للحيازة ولاكتساب الملكية بمضى المدة، كما أن من الفقه من يرى - كما سبق أن اشرنا - أن الشئ المعنوى لا يصلح محلاً للحق العينى.

**١ - تقسيم الاشياء الى عقار ومنقول:**

٢٠٢- وضعت المادة ٨٢ مدنى معيارا للتفرقة بين العقار والمنقول فذكرت أن العقار هو كل شئ ثابت فى حيزه بحيث لا يمكن نقله بغير تلف، وأن كل ما عدا ذلك فهو منقول. ويميز هذا النص بين ما يعتبر عقارا بطبيعته وما يعتبر منقولا بطبيعته، ومعيار التمييز بينهما هو مدى امكان نقل الشئ من مكانه بغير تلف. فالعقار بطبيعته هو كل شئ يتصل بحيزه اتصال قرار بحيث لا يمكن نقله بغير تلف، كالأراضى والمبانى والأشجار والمناجم والمحاجر.. ولا يشترط لتوافر وصف العقار أن يكون اتصال الشئ بحيزه وثباته فيه أمرا مستمرا. فمبانى المعارض تعتبر عقارات بطبيعتها رغم أن مصيرها إلى الازالة بعد انتهاء المعرض، ولذات السبب تعتبر عقارات النباتات الموجودة بالمشاتل طالما كانت جذورها متصلة بالأرض، وعلى العكس لا يعتبر عقارا المنشآت المخصصة

للسكن المؤقت والتى يمكن نقلها وفصلها عن الأرض بغير تلف كمقطورات السكن التى تجر خلف السيارات والخيام السياحية وخيام البدو والكشافة.

أما المنقول بطبيعته فهو كل ما يمكن نقله بغير تلف، وهو كل ما عدا العقار وفق التحديد السابق، كالسيارات والسفن والطائرات والأدوات المنزلية والغلال.

كما أن المنقول بطبيعته قد يخضع لأحكام العقار إذا توافرت فيه شروط اعتباره «عقارا بالتخصيص» (م ٨٢ مدنى)، كما أن العقار قد يخضع لأحكام المنقول إذا كان مصيره إلى ذلك وتم التعامل فيه على أساس هذا المصير، ويوصف العقار منظورا إليه من هذه الزاوية الأخيرة بأنه «منقول بحسب المآل».

وسنعرض فيما يلى لكل من هذين النوعين:

**أولا - العقار بالتخصيص Immeuble par destination**

نصت المادة ٢/٨٢ مدني على أن «يعتبر عقارا بالتخصيص المنقول الذى يضعه صاحبه فى عقار يملكه رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله». واعتبار المنقول عقاراً بالتخصيص على هذا النحو يؤدى إلى الربط بينه وبين العقار بطبيعته، بحيث يعتبر من ملحقاته ويأخذ حكمه ومصيره من حيث انتقال الملكية، الحجز عليها، الخضوع لوعاء

الرهن العقاري، دخولها في نصيب الموصى له بالعقار، دخولها في نصيب متقاسم المال الشائع الذي يقع العقار في حصته بعد القسمة. . ويشترط لاعتبار المنقول عقار بالتخصيص شروطاً ثلاثة:

١- **اتحاد المالك**: يجب أن يكون مالك العقار هو مالك المنقول فإن وضع غير المالك، كالمستأجر أو المحتكر أو الدائن المرتهن رهن حيازة أو المنتفع منقولات لاستغلال العقار لما توافر وصف العقار بالتخصيص. ذلك أن التخصيص تم في هذه الحالة لخدمة المستأجر أو المحتكر لا لخدمة العقار.

٢- **أن يتم التخصيص من جانب المالك**: أن يتم التخصيص من جانب المالك نفسه، بمعنى أن يقوم مالك المنقول بوضعه في عقاره بقصد خدمة هذا العقار. أما إذا قام غير المالك كالمستأجر باستعارة منقول مملوك لمالك الأرض (المؤجر) وخصصه لخدمة العقار فلن يتوافر التعقير رغم أن كلا من العقار والمنقول مملوك لشخص واحد.

وإذا توارف شرط تمام التخصيص من جانب المالك يستوى أن يقوم هذا الأخير بالتخصيص بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه كالولي أو الوصي أو الوكيل.

٣- أن يرصد المنقول فعلا لخدمة العقار أو استغلاله، فإذا كان المنقول قد وضع لخدمة شخص المالك فلن يتوافر وصف العقار بالتخصيص. وبالتالي يعتبر عقار بالتخصيص الماشية والآلات التي

تستخدم فى الزراعة والآلات التى توضع فى المصنع والأثاث الذى يوضع لاستغلال الفنادق والمسارح ودور السينما. فكل هذه المنقولات رصدت بقصد منفعة العقار واستغلاله.

وعلى العكس لا يعتبر عقارا بالتخصيص الأثاث المخصص لخدمة المالك الساكن أو السيارة المخصصة لتنقلاته.

**ثانيا: المنقول بحسب المآل: Meubles par anticipation**

يعتبر البناء القائم أو المزروعات المتصلة بالأرض عقارات بطبيعتها. غير أن إرادة الأفراد قد تتجه إلى بيع البناء أنقاضاً أى بحسب مآله بعد الهدم. كما أن مصير ثمار وحاصلات المزروعات هو الانفصال عن أصلها وقد يتصرف فيها ملاكها على أساس هذا المصير المحتوم. وفى كلتا الحالتين يقال ان التعامل قد ورد على منقول بحسب المآل. وفى هذه الحالة يخضع التعامل فى المال لقواعد المنقول، وتطبيقاً لهذا المعنى قضت المادة ١٠٤٣ مدنى بأن امتياز مؤجر الأراضى الزراعية على المحصول لاستيفاء الأجرة المستحقة له يعتبر امتيازاً على منقول.

**أهمية التفرقة بين العقار والمنقول:**

٢٠٣- ١- يختلف نظام انشاء الحقوق العينية ونقلها وانقضاؤها فى العقار عنه فى المنقول. ففى العقار لابد من اتباع إجراءات الشهر حتى يرتب التصرف الوارد على العقار أثره فى الحقوق العينية الأصلية وحتى يمكن الاحتجاج به على الغير فى الحقوق العينية التبعية. أما فى المنقول فالقاعدة أن الحيازة سند الحائز.

٢- أن من الحقوق العينية ما لا ينشأ إلا على عقار كحقوق الارتفاق والحكر والرهن الرسمى وحق الاختصاص.

٣- الأعمال المتعلقة بالعقارات لا تعتبر - حتى ولو اتخذت صورة المضاربات - أعمالا تجارية، ولا تخضع بالتالى لأحكام القانون التجارى[1].

٤- من حيث تحديد جهة القضاء المختصة جغرافيا بنظر النزاع نجد أن المنازعات المتعلقة بالحقوق العينية الواردة على العقار تدخل فى اختصاص المحكمة الكائن فى دائرتها موقع العقار. أما بالنسبة للدعاوى المتعلقة بالمنقول فالاختصاص فى شأنها لمحكمة موطن المدعى عليه.

كما يلاحظ أن اجراءات التنفيذ على العقار تختلف عن اجراءات التنفيذ على المنقول.

**٢ - الأشياء القابلة للاستهلاك consomptibles والأشياء غير القابلة للاستهلاك Non consmptibles:**

٢٠٤- الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو انفاقها. ومعنى هذا أن استعمال

---

(١) راجع المادة ٥ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ التى اعتبرت عملا تجارياً مقاولات تشييد العقارات أو ترميمها أو تعديلها أو هدمها أو طلائها ومقاولات الأشغال العامة وكذلك تشييد العقارات أو شرائها أو استئجارها بقصد بيعها أو تأجيرها كاملة أو مجزأة إلى شقق أو غرف أو وحدات إدارية أو تجارية سواء كانت مفروشة أو غير مفروشة.

الأشياء القابلة للاستهلاك لا يكون إلا باستهلاكها، فهي، لا تحتمل ورود استعمال متكرر.. أما الأشياء غير القابلة للاستهلاك فهي التي لا يؤدي استعمالها إلى استهلاكها كالأرض والمباني والسيارات.. ولكن ذلك لا ينفي قابليتها للاستهلاك بالاستعمال المتكرر.

والاستهلاك قد يكون ماديا بالقضاء على مادة الشئ كاستعمال الطعام، وقد يكون قانونيا بخروج الشئ من ذمة صاحبه كاستعمال النقود.

وتتحدد قابلية الشئ للاستهلاك بحسب طبيعته. غير أن إرادة الأفراد قد تغير من هذا الوضع، وذلك حين يخصص الشئ لاستعمال غير الاستعمال المخصص له بحسب طبيعته، كأن تعار النقود أو الأطعمة لوضعها في معرض.

ففي هذه الحالة الأخيرة يترتب على الاتفاق ما يؤدي إلي استهلاكه، وعلى العكس قد يعتبر الشئ غير القابل للاستهلاك قابلا للاستهلاك القانوني إذا خصص للبيع في المتاجر. وقد أوردت هذا الحكم المادة ٢/٨٢ مدني حين ذكرت «فيعتبر قابلا للاستهلاك كل ما أعد في المتاجر للبيع».

وتبدو أهمية التفرقة السابقة في أن الأشياء القابلة للاستهلاك لايمكن أن تكون محلا للحقوق العينية التي تخول الاستعمال أو الاستغلال دون التصرف كحق الانتفاع وحق الاستعمال، وبالتالي لا يمكن

أن تكون هذه الأشيـاء لذات السبب السـابق - محـلا لعقـدى الايجـار والعارية.

**٣- الأشياء المثلية fongible والأشياء القيمية Non fongible:**

**٢٠٥- عرفت المادة ٨٥ مدنى الأشياء المثلية** بأنها تلك التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. فالأشياء المثلية تتشابه فيما بينها بحيث تقوم فيما بينها «علاقة تكافؤ» باستبدال بعضها بالبعض فى ابراء ذمة المدين، ويمتنع على الدائن أن يرفض. ومن قبيل المثليات الغلال والفواكه واللحوم.

**أما الأشياء القيمية** فهى تلك التى لا تتماثل فيما بينها بل يلحق بكل منها وصف يميزها عن غيرها، لهذا أسماها البعض «بالأشياء المتعينة» أو الأشياء المعينة بالذات.. ومثالها الحيوانات والعقارات. ويترتب على هذا التعريف للأشياء القيمية نتيجة عكسية لتلك التى ترتبت على تعريف المثليات وهى أن الأشياء القيمية لا يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء، وبالتالى فالملتزم بشئ معين بالذات يجب عليه الوفاء بذات الشئ وإلا ظلت ذمته مدينة.

ويرتب القانون على التفرقة السابقة بعض النتائج نخص منها ما يلى:

١- **أن المثليات لا تهلك**، وتؤدى هذه الحقيقة إلى أنه إذا كان محل التزام المدين شيئا مثليا (قمح مثلا) ثم هلك هذا الشئ كان المدين ملتزماً بتقديم القدر المتفق عليه، كيلا أو وزنا أو عددا أو مقاسا، لأن للشئ المثلى نظير فى السوق يمكن الحصول عليه. أما إذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات ثم هلك هذا الشئ فإن التزام المدين ينقضى لاستحالة محل الالتزام، فالمتعينات لا تتماثل.

٢- **أن المقاصة القانونية لا تقع إلا بين نقود أو أشياء متحدة فى النوع والجودة** (مثليات) وبالتالى فلا مقاصة قانونية بين المتعينات.. أما المقاصة الاتفاقية فمن الممكن اجراءها بين أشياء غير مثلية وذلك على أساس أن إرادة الأطراف تستطيع، فى هذه الحالة، تقدير التكافؤ فى القيمة المالية بين الشيئين القيميين.

٣- **أن الملكية فى الأشياء المثلية لا تنتقل بمجرد الاتفاق بل لابد فيها من الافراز أو التسليم**، أما فى الأشياء القيمية فإن الملكية تنتقل بمجرد الاتفاق.

## الباب الرابع

## حماية الحـــق

٢٠٦- أشرنا من قبل إلى أن للحق عناصر ثلاثة هي شخص الحق ومحل الحق والحماية القانونية التي يسبغها القانون على الحق.. وتهيئ الحماية القانونية لصاحب الحق الجو المناسب لكي يستعمله ويستغله ويتصرف فيه في الحدود التي يرسمها القانون، كما تسمح له بدرء العدوان عن حقه من جانب الغير.

**وأول ما يذكر** من خصائص الحماية القانونية أن النظام القانوني يمنع الفرد من اقتضاء حقه بوسائله الخاصة، بل يجبره على الالتجاء إلى سلطات الدولة، وقد أشرنا إلى أن أهم طريق في هذا الشأن هو طريق الدعوى القضائية.

**ومن ناحية أخرى** فإن أول شرط للنجاح في التمتع بالحماية القانونية هو بالبداهة أن يكون للمدعي حق بالمعنى القانوني، وهو ما يقتضي أن يتحقق القاضي من وجود الحق المدعي بالاعتداء عليه أو النزاع فيه.. لذلك كان على من يدعي أن آخر قد اعتدى على حقه، أو أنكره عليه، أن يثبت أولا أنه هو صاحب الحق.

**وأخيراً فإن القانون يضع للحق** حدودا تنحصر في اطارها الحماية القانونية، فإذا تجاوزها الشخص انحسرت عنه حماية القانون بل وقد يتعرض للمسائل الجزائية.

وسنعرض فيما يلى لأهم مشاكل الحماية القانونية وهى الدعوى القضائية، اثبات الحق، حدود الحماية القانونية.

## الفصل الأول

## الدعوى القضائية

## l'action en justice

٢٠٧- تعتبر الدعوى القضائية أهم وسائل الحماية القانونية للحق، لذلك لم يكن غريبا أن يذهب بعض الفقه إلى حد المبالغة بالقول بأن الحق والدعوى معنيان لا ينفصلان، وأن «كلمة الدعوى مرادفة لكلمة الحق» وبالتالى فمن العبث البحث عن تفرقة بينهما. والدليل على ذلك أن الحق بغير دعوى يبقى مكنة ناقصة». والفارق الوحيد بينهما فى رأى هذا الفقه هو بين حالة السكون statique وحالة الحركة dynamique. فالحق تعبير عن سلطة الشخص (الحق) وهو فى حالة الهدوء بعيدا عن كل نزاع، أما الدعوى فهى الحق فى حالة الحركة حال النزاع فيه، أو على حد تعبير البعض «الدعوى هى الحق فى حالة الحرب»[1].

ودون الدخول فى تفصيلات المناقشة حول علاقة الحق بالدعوى نقول أنه لا شك فى استقلال كل منهما عن الآخر فالدعوى ما هى إلا إحدى وسائل حماية الحق الفردى، أهمها بغير شك، ولكن ذلك لا يعنى الخلط

(١) راجع للمؤلف: حمدى عبد الرحمن، رسالة دكتوراه من باريس ١٩٦٨ عن الدعاوى الوقائية.

بينهما بحيث يقال ان الحق والدعوى شئ واحد. فهناك دعاوى يخولها القانون للفرد للدفاع عن مركز قانونى لا يستجمع خصائص الحق بالمعنى الكامل، كما أن النيابة العامة مثلا حيث ترفع الدعوى الجنائية لا تدافع عن حق شخص بل تدافع عن المصالح العامة نيابة عن المجتمع. وأخيرا فإن الدعوى يحكمها القانون السائد وقت رفع الدعوى فى حين يخضع الحق للتشريع السائد وقت ميلاده.

لذلك ينتهى رأى نرجحه فى الفقه الحديث إلى أن الدعوى سلطة شرعية pouvoir legale بمقتضاها يستطيع الأفراد والهيئات والسلطات العامة الالتجاء إلى القضاء للمطالبة باحترام القواعد القانونية. وهى بهذا المعني تعتبر ذات طبيعة واحدة لا تختلف باختلاف الحق أو المركز القانونى الذى تحميه، غاية الأمر أنها قد تتأثر ببعض خصائص هذا الحق أو ذلك المركز القانونى، فيقال مثلا ان الدعوى شخصية حين تحمى حقا شخصيا وأنها عينية حين تحمى حقا عينيا.

l'action ne recoit une qualification que par reflet.

كما أن مدى سيطرة الأفراد على سير الخصومة وامكان تركها أثناء مسيرتها يتوقف إلي حد كبير على استنادها إلى حق فردى خالص أم إلي مركز قانونى تسوده فكرة الصالح العام.

وسنقتصر فى هذا المقام على عرض موجز للقواعد الخاصة بقبول الدعوى أمام القضاء، والمبادئ التى تحكم سيرها، وكيفية رفعها.

**أولا - شروط قبول الدعوى:**

٢٠٨- يقصد بشروط قبول الدعوى الشروط اللازم توافرها لكى تقبل المحكمة مبدأ الفصل فى النزاع. فإذا لم تتوافر هذه الشروط رفض القاضى سماع الدعوى قبل البحث فى ادعاء الخصم من الناحية الموضوعية. وإذا توافرت انتقل القاضى إلى بحث الموضوع لتمحيص ادعاء الطرفين.

وتتمثل هذه الشروط فى شرطين هما المصلحة وشرط الأهلية:

**١- شرط المصلحة L'intéret:**

ويقصد بها المنفعة المادية أو الأدبية التى تعود على المدعى من الحكم لصالحه، وتقاس هذه المنفعة على أساس افتراض صحة الادعاء فالقاضى يضع السؤال التالى: لو افترضنا صحة ادعاءات رافع الدعوى فما هى الفائدة التى سيجنيها لو أجيب إلى طلباته، فإذا كان الجواب ايجابيا قبلت الدعوى وإذا كان الرد سلبيا حكم بعدم قبولها. والغالب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة محققة فى الحكم، فمن غير المتصور عملا - بالنسبة للإنسان العاقل - أن يرفع دعوى لا تعود عليه بنفع ما، ومع ذلك فالفرض العكسى ليس بالمستحيل فقد يرفع شخص دعوى ببطلان وصية تحرمه من الميراث رغم تسليمه بصحة وصية سابقة تنتهى به إلى ذات الموقف.

ويتطلب الفقه والقانون فى المصلحة عدة شروط اضافية هى أن تكون قانونية، وأن تكون قائمة وحالة، وأن تكون شخصية ومباشرة.

**المصلحة القانونية l'intérêt juridique:**

يقصد بها أن تستند طلبات المدعى إلى حق أو مركز قانوني، فالمصلحة الاقتصادية المجردة عن الحق أو المركز القانوني لا تبرر قبول الدعوى. فلا تقبل مثلا دعوى التعويض المرفوعة من أحد التجار على قاتل أحد عملائه بحجة أن القتل قد أدى إلى حرمانه من كسب مادي.

**المصلحة القائمة والحالة: l'intérêt né et actuel:**

٢٠٩- ومعنى هذا الشرط عدم قبول الدعوى إذا كانت المنفعة المنتظرة مستقبلة أو محتملة، وقد صاغت هذا المبدأ المادة ٣ من قانون المرافعات (قانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨) «لا تقبل أى دعوى كما لا يقبل أى طلب أو دفع استناداً لأحكام هذا القانون أو أى قانون آخر لا تكون لصاحبه فيه مصلحة شخصية ومباشرة وقائمة يقرها القانون»(١). ولكن المادة الثالثة أضافت استثناء بمقتضاه يمكن قبول الدعوى استنادا إلى مصلحة محتملة فى حالتين:

**الأولى:** «إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محدق، كمن يرفع دعوى لوقف بناء حائط شرع جاره فى اقامته إذا كان من شأن تمام البناء أن يؤدى إلى منع حقه فى المطل.

---

(١) ثم أضافت المادة ٣ مكرر من قانون المرافعات أنه لا يسرى حكم المادة السابقة على سلطة النيابة العامة طبقاً للقانون فى رفع الدعوى والتدخل فيها والطعن على أحكامها، كما لا يسرى أيضا على الأحوال التى يجيز فيها القانون رفع الدعوى أو الطعن أو التظلم من غير صاحب الحق فى رفعه حماية لمصلحة شخصية يقررها القانون.

**والثانية:** إذا كان الغرض من الطلب «الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه».

ومن قبيل ذلك رفع دعوى لسماع شهادة شاهد يخشى فوات فرصة الاستشهاد به كما لو كان مريضا على وشك الموت أو مسافرا لهجرة نهائية.

**المصلحة الشخصية والمباشرة:** L'intérét personnel et direct

ويقصد بذلك أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق أو المركز القانونى المتنازع فيه أو نائبه ويعبر عن هذا المعنى **بشرط الصفة**، وبمقتضاه لا يقبل من الشخص أن يطالب بحقوق غيره دون وكالة أو تمثيل قانونى، وإلا فلن تقبل دعواه على أساس رفعها من غير ذى صفة.

**٢- الأهلية** La capacité

وهى صلاحية الشخص لمباشرة الدعوى القضائية، ويرى بعض الفقه - بحق - أن الأهلية شرط لصحة اجراءات الدعوى وليس شرطا لقبولها، فالدعوى المرفوعة من شخص غير أهل لمباشرتها هى دعوى مقبولة ولكن اجراءاتها باطلة.

**ثانيا - المبادئ التى تحكم سير الدعوى والحكم فيها:**

٢١٠- يخضع سير الدعوى والحكم فيها لعدة مبادئ تستهدف جميعها كفالة الثقة فى الجهاز القضائى وضمان أداة العدالة على أكمل وجه. وأهم هذه المبادئ هو مبدأ تواجهية القضاء، مبدأ العلنية، مبدأ تسبيب الأحكام، مبدأ حياد القاضى:

١- مبدأ تواجهية القضاء:

ويعنى ضرورة حضور الخصوم فى الدعوى ومواجهة بعضهم وتفنيد أقوال خصمه. ويؤكد هذا المبدأ حق الدفاع المقرر للأفراد، كما يوفر للقاضى معرفة أوسع وأدق بكافة جوانب النزاع، وقد نصت المادة ١٦٨ مرافعات تأكيدا لهذا المبدأ على أنه «لايجوز للمحكمة أثناء المداولة أن تسمع أحد الخصوم أو وكيله إلا بحضور خصمه أو أن يقبل أوراقا أو مذكرات من أحد الخصوم دون اطلاع الخصم الآخر عليها وإلا كان العمل باطلا».

٢- مبدأ علنية القضاء:

ويعنى وجوب أن تكون الجلسات علنية أى يسمح بحضورها للجمهور. وتهدف هذه العلانية إلى تحقيق ثقة الجمهور فى نزاهة القضاء وحسن أدائهم لعملهم. لذلك لا يسمح القانون بالجلسات السرية إلا استثناء وفى حدود يقتضيها النظام العام والآداب العامة.

٣- مبدأ تسبيب الأحكام:

يوجب القانون أن تكون أحكام القضاء مسببة، أى أن يستند منطوقها إلى أسباب تؤدى إليه، ويكفل هذا المبدأ رقابة الجهات القضائية العليا على أحكام الجهات الأقل درجة عند الطعن فى هذه الأحكام. كما يؤدى التسبيب إلى تأكيد الثقة فى حكم القاضى فهو

«علنية لضمير القاضى فى اقتناعه وفى قضائه، وليس أبلغ من ذلك فى تهيئة وسائل التعرف والاطمئنان إلى نزاهة القضاء».

**٤- حياد القاضى:**

ومفاد هذا المبدأ أن يقف القاضى حكما نزيها بين الخصوم بحيث يكفل لكل منهم حقه فى الدفاع وفى تفنيد ادعاءات خصمه، ويترتب على هذا المبدأ عدة نتائج منها أنه لا يجوز للقاضى أن يحكم فى النزاع استنادا إلى معلوماته الشخصية بل يجب عليه أن يقتصر على ما يقدمه الخصوم من أدلة يقرها القانون، كما لا يجوز أن تكون له فى موضوع النزاع أية مصلحة أدبية أو مادية، ويبين قانون المرافعات حالات لا يصلح فيها القاضى للنظر فى النزاع، كما يجيز للخصوم في حالات أخرى رد القاضى عن الحكم فى الدعوى، وأخيرا يجيز القانون للقاضى أن يتنحى عن النظر فى النزاع بمحض اختياره إذا وجد فى الدعوى ما قد يؤثر فى نزاهته.

**ثالثا: كيفية رفع الدعوى:**

٢١١- للمطالبة القضائية وسليتان الأولى هى وسيلة **الدعوى العادية** والثانية هى وسيلة **أمر الأداء**، وتستخدم الأولى في كافة المطالبات التي لا يكون محلها مبلغا نقديا ثابتا بالكتابة، وتستخدم الثانية وجوبا إذا كان محل المطالبة مبلغا نقديا ثابتا بالكتابة وتوافرت شروط أخرى حددها القانون.

وتختلف الاجراءات فى كل من الوسيلتين عنها فى الأخرى:

**١- اجراء الدعوى العادية:**

٢١٢- تبدأ هذه الاجراءات بقيام المدعى بتحرير ما يسمى بصحيفة الدعوى من أصل وعدد من الصور بقدر عدد المدعى عليهم وصورة لقلم كتاب المحكمة. وتشمل صحيفة الدعوى على عدة بيانات أهمها اسم المدعى ولقبه واسم المدعى عليه وتاريخ تقديم الصحيفة والمحكمة المرفوع إليها وموضوع الدعوى وبيان موطن المدعى بالبلدة التى بها مقر المحكمة، ويقوم المدعى بتقديم صحيفة الدعوى وصورها إلى قلم الكتاب بالمحكمة المختصة مع أداء الرسم المقرر، ثم يقوم قلم الكتاب بقيد الدعوى فى يوم تقديم صحيفتها فى السجل الخاص بذلك على أن يثبت فى حضور المدعى أو من يمثله تاريخ الجلسة المحددة لنظر الدعوى فى أصل الصحيفة وصورها، وعند هذا الحد ينتهى دور المدعى فى اجراءات رفع الدعوى حيث يجب على قلم الكتاب بعد ذلك - وفى اليوم التالى على الأكثر - أن يقدم الصحيفة وصورها إلى قلم المحضرين ليقوم باعلانها إلى المدعى عليهم ثم رد الأصل إلى قلم الكتاب وقد أوجب القانون على قلم المحضرين أن يقوم باعلان الصحيفة خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ تسليمها إليه، مع مراعاة أن يقع الاعلان - بالضرورة - قبل تاريخ الجلسة (إذا كان قد حدد لها موعدا خلال الثلاثين يوما) ومع مراعاة احترام الحد الأدنى للحضور وهو ١٥ يوم أمام المحكمة

الابتدائية ومحكمة الاستئناف وثمانية أيام أمام المحكمة الجزئية و٢٤ ساعة أمام القضاء المستعجل.

وقد اعتد القانون (م ٦٤ مرافعات) فى تحديد تاريخ رفع الدعوى بتاريخ ايداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة، ومعنى ذلك أن الآثار التى يرتبها القانون على رفع الدعوى تتحقق من هذا التاريخ: كقطع التقادم وسريان الفوائد، والتزام من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار ولو كان حسن النية.

**٢- إجراءات أمر الأداء:**

**٢١٣- لاحظ المشرع أن من الديون ما لا يستدعى الالتجاء إلى القضاء وفق الاجراءات العادية السالف بيانها على ما فيها من تعقيدات شكلية وضياع للوقت والجهد فأنشأ لها نظاما أكثر تبسيطا وهو نظام أوامر الأداء. وهذه الديون هى الديون النقدية معينة المقدار، والمنقول المعين بذاته أو بنوعه أو مقداره. كذلك يتبع هذا النظام إذا كان صاحب الحق دائنا بورقة تجارية واقتصر رجوعه على الساحب أو المحرر أو القابل أو الضامن الاحتياطى لأحدهم (دون غيرهم) (مادة ٢٠١ مرافعات معدلة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢). ويشترط ابتداء أن يكون الدين حال الأداء.**

فإذا توافرت هذه الشروط السابقة وجب على الدائن أن يسلك أمر الأداء ويمتنع عليه أن يسلك طريق الدعوى بإجراءاتها العادية.

وقد رسم القانون طريق أمر الأداء على النحو التالى:

- يجب على الدائن ابتداء أن يكلف المدين بالوفاء بميعاد خمسة أيام على الأقل ويكفى فى التكليف بالوفاء أن يتم بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ويقوم بروتستو عدم الدفع مقام هذا التكليف بالنسبة للأوراق التجارية.

- إذا امتنع المدين عن الوفاء بعد تكليفه على النحو السابق يتقدم الدائن للقاضى المختص (القاضى الجزئى التابع له موطن المدين أو رئيس الدائرة الابتدائية حسب الأحوال) بطلب على عريضة من نسختين متطابقتين، تشتمل على وقائع الطلب وأسانيده واسم المدين كاملا ومحل اقامته وترفق بها المستندات المؤيدة لها وأهمها سند المديونية وما يثبت حصول التكليف بالوفاء. ويجب على الدائن فضلا عن ذلك أن يعين لنفسه موطنا مختارا فى دائرة اختصاص المحكمة فإن كان مقيما خارج هذه الدائرة تعين عليه أن يتخذ موطنا مختارا فى البلدة التى بها مقر المحكمة كما يجب أن تشتمل العريضة بطبيعة الحال على المبلغ الواجب سداده من أصل وفوائد أو ما يطلب الوفاء به من منقول.

- وإذا كان قرار القاضى اجابة الدائن إلى طلبه أصدر أمره على إحدى نسختى العريضة خلال ثلاثة أيام على الأكثر من تقديمها.

- أما إذا قرر القاضى عدم اجابة الدائن إلى كل طلباته، وجب عليه أن يمتنع عن اصدار الأمر وتعين عليه فى هذه الحالة أن يحدد جلسة

أمام المحكمة مع تكليف الدائن باعلان خصمه بها (م٢٠٤ مرافعات)٠

وتعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالأداء كأن لم تكن إذا لم يتم اعلانها للمدين خلال ثلاثة أشهر من صدور الأمر٠

وقد نظمت المواد ٢٠٦ ومابعدها طريق التظلم من الأمر٠

## الفصل الثانى

## اثبـــات الحــــق

**تعريف الاثبات، وبيان أهميته:**

٢١٤ – الاثبات هو اقامة الدليل أمام القضاء[١]، بطريقة من الطرق التى نص عليها القانون، على صحة واقعة متنازع فيها، نظراً لما يترتب على ثبوتها من آثار قانونية.

ويتقيد الاثبات أمام القضاء، كما سنرى، بطرق معينة حددها القانون. وهو تحديد يتقيد به الخصوم كما يتقيد به القاضى، وهذا ما يميزه أيضاً عن الاثبات العلمى أو التاريخى، والذى يهدف إلى البحث عن الحقيقة المجردة بأية وسيلة.

وللاثبات القضائى أهمية عملية بالغة عبرت عنها المذكرة الايضاحية لقانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ بقولها «إن الحق يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند إليه، فالدليل هو قوام حياة الحق ومَعْقِدُ النفع فيه، حتى صدق القول بأن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء»[٢].

---

(١) راجع فى تعريف الاثبات: حمدى عبد الرحمن وخالد حمدى، الاثبات فى المواد المدنية والتجارية.

(٢) راجع: السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، جـ ٢، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، الاثبات، ط٢، ١٩٨٢، ص٢٢ والأحكام المشار إليها فى هامش ٢.

## المبحث الأول

## المبادئ العامة فى الاثبات

تقتضى دراسة المبادئ العامة فى الاثبات أن نتناول ثلاث مسائل هى: دور القاضى فى الاثبات، دور الخصوم فى الاثبات، وأخيراً محل الاثبات.

### المطلب الأول

### دور القاضى فى الاثبات

٢١٥- يتوقف هذا الدور على مدى الحرية التى يتمتع بها القاضى فى عملية الاثبات. فهو طليق اليد فى تحرى الحقيقة طبقاً لبعض التشريعات، بينما هو مقيد إلى أقصى درجة طبقاً للبعض الآخر، وأخيراً فإن هناك من التشريعات من يسلك منهجاً وسطاً بين هذا التقييد وذلك الاطلاق.

**موقف المشرع المصرى من مذاهب الاثبات:**

- أخذ المشرع المصرى، فى تنظيم الاثبات، بمذهب يجمع بين التقييد والاطلاق، فهو يأخذ - كقاعدة عامة - بمذهب الاثبات المقيد فى المسائل المدنية ، بما يترتب على ذلك من تقييد دور القاضى فى الاثبات، وفى تسيير الدعوى بصفة عامة، وهو ما يعبر عنه **بمبدأ حياد القاضى**. ولكنه من ناحية أخرى خفف من حدة هذا التقييد، حيث خول القاضى بعض السلطات التى من شأنها أن تمكنه من تسيير الدعوى وجمع الأدلة واستكمالها.

**النتائج المترتبة على مبدأ حياد القاضى:**

٢١٦- ظاهر أن هذا المبدأ يجعل دور القاضى سلبياً بحتاً. ويترتب على ذلك عدة نتائج أهمها ما يأتى:

١- أنه لا يجوز للقاضى أن يبني حكمه على دليل تحراه بنفسه بعيداً عن الخصوم، كما لا يجوز له أن يستند فى حكمه إلى دليل مقدم فى قضية أخرى، إلا إذا كانت هذه القضية قد ضمت إلى الدعوى المطروحة أمامه وكانت بينهما رابطة[1].

٢- يجب على القاضى أن يطلع كل خصم على أدلة خصمه وأن يمكنه من مناقشتها، وهو ما يعبر عنه بمبدأ وجوب مجابهة الخصم بالدليل[2].

٣- لا يجوز للقاضى أن يستند فى حكمه إلى علمه الشخصى عن موضوع النزاع، إذ لو جاز ذلك لاعتبر علم القاضى دليلا فى القضية، وهذا ما يتنافى مع منع القاضى من الاستناد إلى دليل تحراه بنفسه. ومن ناحية أخرى فإن قضاء القاضى بعلمه الشخصى يجيز لأى من الخصوم أن يستعمل حقه فى مناقشة هذا الدليل، وهو ما يؤدى إلى أن يكون القاضى خصماً وحكماً فى نفس الوقت وهذا أمر غير جائز[3].

---

(١) راجع: عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، رقم ١٤، ص ١٦.

(٢) راجع: عبد المنعم الصدة، المرجع السابق، رقم ١٤، ص ١٧، جميل الشرقاوى، المرجع السابق، رقم ١٠، ص ٢٤.

(٣) انظر: السنهورى، المرجع السابق، رقم ٢٧، ص ٤٩، ويراعى أنه لا يعتبر من قبيل قضاء القاضى بعلمه الشخصى أن يستند فى حكمه إلى معلومات يفترض علم الكافة بها.

٤- يلتزم القاضى بأن يسبب حكمه، فعليه أن يذكر كيفية تحصيله وقائع الدعوى والدليل الذى اعتمد عليه فى ذلك وأسانيد التحصيل. وخلو الحكم من شئ من ذلك يجعله قاصرا فى تسبيبه مما يوجب نقضه.

تلك هى النتائج المترتبة على مبدأ حياد القاضى، ويراعى أن الأخذ بهذا المبدأ على اطلاقه إنما يقعد بالقاضى فى كثير من الحالات عن أن يصل إلى الحقيقة. ولهذا عالج المشرع المصرى، والذي أخذ بالمذهب المختلط في تنظيم الاثبات، مساوئ هذا المبدأ بأن أعطى للقاضى، فى بعض الحالات، دوراً ايجابياً فى الكشف عن الحقيقة.

**الاستثناءات الواردة على مبدأ حياد القاضى والتى تعطى للقاضى دوراً إيجابياً:**

٢١٧- وأهم مظاهر الدور الايجابى للقاضى ما يأتى:

١- للقاضى أن يستجوب الخصوم (المادة ١٠٥ من قانون الاثبات).

٢- للقاضى أن يأمر من تلقاء نفسه بحضور الخصم لاستجوابه (المادة ١٠٦ من قانون الاثبات).

٣- للقاضى أن يوجه اليمين المتممة من تلقاء نفسه إلى أى من الخصمين (المادة ١١٩ من قانون الاثبات).

٤- للقاضى أن يقرر من تلقاء نفسه الانتقال للمعاينة (المادة ١٣١ من قانون الاثبات).

ننتهى إذاً إلى أن المشرع المصرى لم يأخذ بمبدأ حياد القاضى على اطلاقــه، بل هذب من هذا المبــدأ بما خــوله للقــاضى من دور ايجــابى فى تحقيق الدعوى واستكمال الأدلة.

## المطلب الثانى

## عبء الاثبـــــات

**الأهمية العملية لتحديد عبء الاثبات:**

٢١٨- من غـيـر المتـصـور أن يكون الاثبـات واجبـاً على كل من الخصمين فى نفس الوقت. فلو كان الأمر كذلك لما أمكن الفصل فى أى نزاع، إذ أن كل خصم سيحاول التخلص من هذا الواجب بأن يلقى به على عـاتق الخـصم الآخـر. ولذلك فـإن عبء الاثبـات إنما يقع على عـاتق أحـد الخصمين دون الخصم الآخر.

**القاعدة فى تحديد عبء الاثبات:**

- وردت هذه القـاعـدة فى المادة الأولى من قـانون الاثبـات، والتى تنص على أنه «على الدائن اثبات الالتزام وعلى المدين اثبات التـخلص منه».

فـالقاعـدة إذاً أن عبء الاثبات يقع على المدعى، أمـا المدعى عليـه فلا يكلف بشئ، إذ يكفيه أن ينكر مزاعم خصمه. فإذا عجز المدعى على اقـامـة الدليل على صحـة مـا يدعـيـه، استـفـاد المدعى عليـه من الوضع الثابت له وكسب الدعوى.

والمدعى، فى مجال الاثبات، هو كل خصم يدعى خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو فرضا:

**أولا - الثابت أصلا:**

تستند قاعدة تكليف من يدعى خلاف الثابت أصلا بعبء الاثبات إلى مبدأ مؤداه أن من يدعى خلاف الأصل إنما يستحدث جديدا ، فعليه بالتالى أن يثبت هذا الجديد حتى يتمتع بالحماية القانونية اللازمة. أما من يتمسك بالثابت أصلا فلا يكلف بالاثبات، حيث أنه يستفيد من قرينة بقاء الأصل على أصله.

ولإيضاح ما تقدم نسوق مثلا أن الأصل فى مجال الحقوق الشخصية هو براءة الذمة من أى التزام. فإذا ادعى شخص أنه أقرض آخر مبلغاً من المال فعليه اقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وذلك بأن يثبت عقد القرض. فإذا أنكر المدعى عليه واقعة القرض، فإن انكاره يتفق مع الأصل وهو براءة الذمة ولا يكلف بالتالى بأى اثبات.

**ثانيا - الثابت عرضا:**

قد ينجح المدعى فى اثبات عكس الوضع الثابت أصلا. مثال ذلك أن يتوصل من يدعى بدين على آخر إلى اثبات مديونية هذا الأخير. وفى هذه الحالة ينتفى الوضع الثابت أصلا، وهو براءة الذمة، وتصبح المديونية هى الوضع الثابت عرضاً، ويكون علي المدين اثبات براءة ذمته وذلك بأن يثبت انقضاء الدين بسبب من أسباب الانقضاء.

**ثالثا: الثابت فرضا (القرينة القانونية):**

تنص المادة ٩٩ من قانون الاثبات على أن «القرينة القانونية تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الاثبات، على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسى ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك».

ويستند هذا النص إلى حكمة مؤداها أن عبء الاثبات قد يبلغ فى بعض الأحيان حداً من الصعوبة يجعل المدعى غير قادر على اقامة الدليل على صحة ما يدعيه. وفى مثل هذه الأحوال أجاز المشرع للمدعى أن يثبت واقعة أخرى متصلة بالواقعة التى يدعيها، غالباً ما تكون سهلة الاثبات. فإن هو نجح فى ذلك افترض ثبوت الواقعة المتنازع عليها، لأن الغالب والمألوف أن تثبت الواقعة الأخيرة بمجرد ثبوت الواقعة الأولى. والقرينة بهذا المعنى لا يمكن إلا أن تكون بسيطة، أى يمكن اثبات عكسها، وذلك لأنها تقوم على الرجحان والغالب لا على اليقين[1].

ومن أوضح ما يساق من أمثلة لما تقدم، ما تنص عليه المادة ٥٨٧ من القانون المدنى من أن «الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط حتى يقوم الدليل على عكس ذلك».

---

(١) انظر فى هذا المعنى: لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١٢، ص ٢٢، جميل الشرقاوى، المرجع السابق، فقرة ١١، ص ٢٩.

## المطلب الثالث

## الحق فى الاثبـــات

٢١٩- سبق القول أن الاثبات عبء وحق فى نفس الوقت. فهو، إن كان واجباً على كل من يدعى بحق ما، إلا أنه أيضا حق للشخص، إذ من حقه، إذا ما توافرت فى الواقعة محل الاثبات شروط معينة[١]، أن يقيم الدليل على صحة هذه الواقعة. ويلتزم القاضى بأن يمكن الخصم من ممارسة هذا الحق، وإلا كان حكمه مشوباً بالاخلال بحق الدفاع مما يستوجب نقضه.

وحق الخصم فى الاثبات يقابله حق الخصم الآخر فى مناقشة وتفنيد أدلة خصمه، ذلك أنه إذا كان للمدعى أن يقيم الدليل على صحة دعواه، فيجب أن يكون للطرف الآخر الحق فى اثبات العكس، وهذا ما يقتضى أن يعـرض عليـه كل مـا يقـدم من أدلة فى الدعـوى حـتى يتـمكن من مناقشتها وتفنيدها (مبدأ المواجهة بالدليل).

ويرتبط مبدأ حق الخصوم فى الاثبات وفى مناقشة الأدلة بقاعدة عدم جواز الزام الخصم بتقديم دليل ضد نفسه، وقاعدة عدم جواز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه:

**القاعدة الأولى- لايجوز اجبار الخصم على تقديم دليل ضد نفسه:**

٢٢٠- عبرت محكمة النقض المصرية عن مضمون هذه القاعدة

---

(١) سنتولى بيان هذه الشروط عند دراستنا لمحل الاثبات.

بقولها ان «من حق كل خصم أن يحتفظ بأوراقه الخاصة به، وليس لخصمه أن يلزمه بتقديم مستند يملكه ولا يريد تقديمه».

غير أنه يستثنى من القاعدة السابقة حالات ثلاث[1]، يجوز فيها للخصم أن يلزم خصمه بتقديم ما تحت يده من محررات منتجة فى الدعوى، وهذه الحالات هى:

١- إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بهذا المحرر أو تسليمه. مثال ذلك ما يجيزه القانون التجارى من أنه يجوز للمحكمة فى حالات معينة أن تأمر من تلقاء نفسها الاطلاع على دفاتر التاجر أو بتقديمها، وذلك لاثبات حق مدعى به أو لاستخراج بيانات متعلقة بالدعوى[2].

٢- **إذا كان المحرر مشتركاً بين الخصمين.** ويكون المحرر مشتركاً بين الخصمين إذا كان مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، كالمستندات المتعلقة بشركة بين الخصمين.

٣- إذا استند **أحد الخصمين إلى المحرر فى أى مرحلة من مراحل الدعوى.**

**القاعدة الثانية - لا يجوز أن يصطنع الخصم دليلا لنفسه:**

٢٢١- تمتاز هذه القاعدة، على عكس القاعدة السابقة، بالمنطقية والوضوح، فمن غير المتصور أن يقبل من الخصم دليلا اصطنعه لنفسه ضد خصمه فى الدعوى.

---

(١) وردت هذه الحالات على سبيل الحصر فى المادة ٢٠ من قانون الاثبات.

(٢) المادة ٢٨ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

وعلى هذا، فلا يجوز أن يكون دليل المدعى على صحة دعواه مجرد أقواله وادعاءاته، أو ورقة صادرة منه أو مذكرات دونها بنفسه.

غير أن هذه القاعدة ليست مطلقة، فهناك حالات ينص فيها القانون على جواز أن يتمسك الخصم بدليل صدر منه. مثال ذلك ما تقضى به المادة ١/١٧ من قانون الاثبات من جواز أن يستند التاجر إلى دفاتره لاثبات ما ورده إلى عملائه. وما تقضى به ذات المادة من أن للقاضى أن يقبل ما دونه التاجر فى دفاتره، وذلك لأجل الاثبات فى دعاوى التجار المتعلقة بمواد تجارية، إذا كانت الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً.

## المطلب الرابع

## محل الاثبـــات

**محل الاثبات هو الواقعة القانونية المنشئة للحق:**

**شروط الواقعة القانونية محل الاثبات:**

٢٢٢- تنص المادة الثانية من قانون الاثبات على أنه «يجب أن تكون الوقائع المراد اثباتها متعلقة بالدعوي ومنتجة فيها وجائزاً قبولها». ومن هذا النص نستخلص شروطاً ثلاث، ينبغى توافرها فى الواقعة محل الاثبات، هى:

**أولا - يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المطالب به:** ويقصد بذلك أن تكون الواقعة المراد اثباتها متصلة بموضوع الدعوى

مباشرة أو تؤدى إليه عقلا وإلا لما استلزم الأمر اثباتها.

**ثانيا - يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الاثبات:** فالواقعة المنتجة فى الاثبات هى التى يؤدى اثباتها إلى اقناع القاضى بصحة ما يدعيه الخصم الذى يستند إليها. وكون الواقعة منتجة فى الاثبات يؤدى بالضرورة إلى أن تكون متعلقة بالحق المتنازع فيه، ولكن العكس غير صحيح، فليس كل واقعة متعلقة بالنزاع هى بالضرورة منتجة فى الاثبات. مثال ذلك أن يطالب شخص بملكية عقار بالتقادم على أساس أنه وضع يده عليه مدة عشر سنوات. ففى هذه الحالة فإن واقعة وضع اليد، رغم تعلقها بالحق المطالب به، إلا أنها غير منتجة فى الاثبات إذ أن ثبوتها لن يؤدى إلى اكتساب الملكية نظراً لعدم اكتمال مدة التقادم اللازمة وهى ١٥ سنة.

**ثالثا - يجب أن تكون الواقعة جائزة القبول:** وجواز القبول، فى هذا المقام، هو قبول الاثبات العقلى والقانونى معاً. فلا يقبل من شخص أن يثبت بنوته ممن هو أصغر منه سناً لاستحالة ذلك عقلاً. كما لا يقبل اثبات واقعة يحرم القانون اثباتها، مثال ذلك عدم جواز اثبات دين القمار.

## المبحث الثانى

## طرق أو أدلة الاثبات

٢٢٣- حدد المشرع طرق أو أدلة الاثبات التى يجوز استخدامها أمام القضاء فى قانون الاثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وهى: الكتابة، وشهادة الشهود، والقرائن، والاقرار، واليمين، والمعاينة، والخبرة.

وسنكتفى، فيما يلى، بالقاء الضوء على الأحكام الأساسية لطرق الاثبات المختلفة طبقا للترتيب الذى وردت به فى قانون الاثبات:

### المطلب الأول

### الكتابة

٢٢٤- الكتابة، كدليل من أدلة الاثبات، هى ما تم تدوينه فى محرر من بيانات وتقريرات ترجح وجود تصرف قانونى معين. وهى تأتى فى المقام الأول بين أدلة الاثبات، وهى إما أوراق رسمية أو أوراق عرفية.

**المحررات الرسمية:**

- المحررات الرسمية هى التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن، وذلك طبقا للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه (م ١٠ اثبات).
من هذا التعريف يتضح أن هناك **شروطاً ثلاثة** ينبغى توافرها لكى يكتسب المحرر صفة الرسمية:

**أولا - صدور المحرر من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة:** ومثال الموظف العام القاضى فيما يتعلق بالأحكام التى يقوم بتحريرها، والموثق بالنسبة للتصرفات التى يقوم بتوثيقها. ومثال المكلف بخدمة عامة الخبير المنتدب، والمأذون، والعمدة، وشيخ البلد.

**ثانيا - تدوين المحرر طبقاً للأوضاع القانونية:** فتحرير الورقة الرسمية يخضع لأوضاع معينة يجب على المختص بها احترامها.

**ثالثا - صدور المحرر فى حدود سلطة واختصاص الموظف العام أو الشخص المكلف بخدمة عامة:** فالموظف العام يجب أن تكون له سلطة اصدار المحرر، وهذا ما يقتضى أن تكون له ولاية اصدار هذا المحرر[1]، كذلك يجب أن يكون الموظف **مختصاً باصدار المحرر** من الناحيتين الموضوعية والمكانية.

**المحررات العرفية:**

- المحررات العرفية هى الأوراق التى يحررها ذوى الشأن فيما بينهم دون أن يتدخل موظف عام فى تحريرها. فالفرق إذاً بين المحرر العرفى والمحرر الرسمى أن الأول يصدر عن الأفراد، أما الثانى فيصدر عن موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة.

وهناك نوعان من المحررات العرفية:

---

(١) وتنتفى الولاية إذا تم اصدار المحرر بعد عزل الموظف أو وقفه عن عمله أو نقله إلى مكان آخر أو حلول غيره محله لأى سبب من الأسباب. ويترتب على ذلك بطلان المحرر.

**النوع الأول:** ويشمل المحررات العرفية التى أعدت مقدماً للاثبات، ومثالها العقود التى يحررها الأفراد فيما بينهم. وهذه المحررات لا يشترط فيها سوى أن تكون موقعة ممن يحتج عليه بها سواء أكان التوقيع بالامضاء أو بالختم أو ببصمة الاصبع.

وتعتبر هذه المحررات حجة بما دون فيها على من وقعها ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو امضاء أو ختم أو بصمة (م ١٤ اثبات). وفى هذه الحالة يكون للقاضى حرية اختيار الوسيلة التى يرى أنها تؤدى إلى ظهور الحقيقة، فله أن يأمر بتحقيق الخطوط بالمضاهاة، أو أن يأمر بسماع الشهود، أو أن يلجأ إلى الوسيلتين معاً إذا رأى لزوماً لذلك.

**النوع الثانى:** ويشمل المحررات العرفية التى لم تعد مقدماً للاثبات، فهى أدلة عارضة. والغالب ألا تكون هذه المحررات موقعة ومع ذلك تكون لها حجية فى الاثبات تتفاوت قوة وضعفاً بحسب ما يتوافر لها من عناصر الاثبات. ومن أمثلة هذه المحررات ما يأتى:

**١- الرسائل والبرقيات:** فالرسائل الموقع عليها تكون لها قيمة المحرر العرفى فى الاثبات. وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضا إذا كان أصل البرقية الموقع عليه موجوداً فى مكتب التصدير. أما إذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا على سبيل الاستئناس (م ١٦ اثبات).

**٢- الدفاتر التجارية:** فهى تعتبر حجة على التجار أنفسهم، غير أنه إذا كانت هذه الدفاتر منتظمة فلا يجوز لمن يريد أن يستخلص منها دليلا لنفسه أن يجزئ ما ورد فيها من بيانات ويستبعد منها ماكان

مناقضا لدعواه. ولا يحتج بالدفاتر التجارية على غير التجار، غير أن البيانات المثبتة فيها عما ورده التجار تصلح أساساً يجيز للقاضى أن يوجه اليمين المتممة إلى أى من الطرفين وذلك فيما يجوز اثباته بالبينة (م ١٧ اثبات).

**٣- الدفاتر والأوراق المنزلية:** وتشمل ما يحرره الأفراد لأنفسهم من مذكرات وأوراق خاصة بمعاملاتهم وشئونهم المالية والمنزلية. وهى لا تكون حجة على من صدرت منه إلا فى حالتين حددتهما المادة ١٨ من قانون الاثبات:

**الأولى:** أن يذكر فيها صاحب الشأن صراحة أنه استوفى ديناً.

**والثانية:** أن يذكر صاحب الشأن صراحة أنه قصد بما دونه فى هذه الدفاتر والأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقاً لمصلحته.

**٤- التأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين:** فإذا أشر الدائن على سند الدين بما يستفاد منه براءة ذمة المدين، فإن هذا يعتبر حجة على الدائن إلى أن يثبت العكس، حتى ولو لم يكن التأشير موقعاً من الدائن طالما أن السند لم يخرج من حيازته. وينطبق نفس الحكم إذا أثبت الدائن بخطه دون توقيع ما يستفاد منه براءة ذمة المدين فى نسخة أصلية أخرى للسند أو فى مخالصة، وكانت هذه النسخة أو المخالصة فى يد المدين (م ١٩ اثبات).

**الحالات التى أوجب فيها القانون الاثبات بالكتابة:**

٢٢٥- من أهم ما يميز المحررات المكتوبة، سواء أكانت رسمية أم

عرفية، أنها تعتبر من أدلة الاثبات المطلقة.

غير أن المشرع المصرى، رغبة منه فى التيسير على الأفراد فى معاملاتهم لم يستلزم اثبات التصرفات القانونية بالكتابة فى جميع الأحوال وإنما تطلب ذلك بالنسبة لبعض التصرفات دون البعض الآخر، حيث نص على حالتين تجب فيهما الكتابة لاثبات التصرف القانونى:

**الحالة الأولى - وهى حالة ما إذا كان التصرف القانونى تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان هذا التصرف غير محدد القيمة:** (المادة ٦٠ من قانون الاثبات).

ويجب **أن يكون هذا التصرف مدنيا لا تجاريا**، فالتصرفات التجارية يجوز اثباتها بشهادة الشهود أو بالقرائن مهما بلغت قيمتها.

ويجب ثانيا **أن تزيد قيمة التصرف على خمسمائة جنيه.**

ويجب **أخيراً ألا يكون طالب الاثبات من الغير بالنسبة للتصرف.** وهذا أمر بدهى فالغير لم يكن طرفاً فى التصرف وبالتالى لم يكن باستطاعته الحصول على دليل كتابى وقت ابرامه، ومن ثم يجوز له أن يثبته بكافة طرق الاثبات بما فى ذلك البينة والقرائن، ولو زادت قيمته على خمسمائة جنيه.

**الحالة الثانية - استلزام الكتابة فى اثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة ولو لم تزد قيمة التصرف عن خمسمائة جنيه:** وهذا ما نصت عليه المادة ٦١ من قانون الاثبات.

## المطلب الثانى

## شهادة الشهـــود

**تعريف شهادة الشهود:**

٢٢٦- يقصد بشهادة الشهود أن يخبر الشخص أمام القضاء عن ادراكه، بحاسة من حواسه، لواقعة صدرت من شخص آخر ويترتب عليها حق لشخص ثالث[١]. مثال ذلك أن يرى الشخص حادث سيارة فيخبر القضاء بما شاهده، أو أن يحضر الشاهد انعقاد عقد معين ويسمع تبادل المتعاقدين لعبارات الايجاب والقبول فيخبر أمام القضاء بما سمع.

**الحالات التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود:**

- الاثبات بشهادة الشهود إما أن يكون جائزاً بحسب الأصل، وإما أن يكون جائزاً على سبيل الاستثناء:

**فالاثبات بشهادة الشهود يجوز بحسب الأصل فى الحالات الآتية:**

**أولا - الوقائع المادية:** فهذه الوقائع يجوز اثباتها بكافة طرق الاثبات، نظراً لأن طبيعة هذه الوقائع لا تسمح بإعداد الدليل الكتابى قبل وقوعها وذلك لعدم توقع حدوثها أصلاً.

**ثانيا - التصرفات التجارية:** فهذه التصرفات يجوز اثباتها بشهادة الشهود مهما كانت قيمتها[٢].

---

(١) راجع: لبيب شنب، المرجع السابق، فقرة ١١٨، ص ١٤٢ - عبد الودود يحى، المرجع السابق، فقرة ٦٤، ص ٩٧.

(٢) ومع ذلك فإن المشرع قد يتطلب اثبات بعض التصرفات التجارية بالكتابة، كما هو الحال بالنسبة للأوراق التجارية، وعقود الشركات التجارية، وعقود بيع السفن وايجارها.

**ثالثا - التصرفات المدنية التى لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه:** فالمادة ٦٠ من قانون الاثبات تخرج هذه التصرفات من نطاق حكمها، حيث يجوز اثباتها بشهادة الشهود.

**أما عن الحالات التى يجوز فيها الاثبات بشهادة الشهود على سبيل الاستثناء،** فهى حالات كان يجب بحسب الأصل اثباتها بالكتابة ولكن تعذر هذا الاثبات فأجيز اثباتها بشهادة الشهود. ولقد ورد النص على هذه الحالات فى المادتين ٦٢ و٦٣ من قانون الاثبات وهى:

١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة(١).

٢- وجود مانع مادى أو أدبى حال دون الحصول على دليل كتابى.

٣- فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

## المطلب الثالث

## القرائن

**تعريفها وأنواعها:**

٢٢٧- القرينة هى استنباط واقعة غير ثابتة من واقعة ثابتة. وهى إما أن تكون قضائية يستنبطها القاضى من وقائع وظروف الدعوى المعروضة عليه، وإما أن تكون قانونية يستنبطها المشرع نفسه من حالات يغلب وقوعها عملا وينص عليها فى صيغة مجردة.

---

(١) عرفت المادة ٢/٦٢ من قانون الاثبات مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه كل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال.

**المقصود بالقرائن القضائية:**

قدمنا أن القرينة القضائية هى التى يستنبطها القاضى من ظروف ووقائع النزاع. وحق القاضى فى هذا الاستنباط مقرر بنص الفقرة الأولى من المادة ١٠٠ من قانون الاثبات والتى تنص علي أنه «يترك لتقدير القاضى استنباط كل قرينة لم يقررها القانون»[١].

**قيمة القرائن القضائية فى الاثبات:**

يتمتع القاضى بحرية كاملة فى استنباط القرينة التى يأخذ بها من أية واقعة من الوقائع الثابتة أمامه. كما أنه يتمتع بحرية كاملة فى تكوين اقتناعه، فقد يقتنع بقرينة واحدة قوية الدلالة[٢] ولا يقتنع بعدة قرائن يرى أنها ضعيفة الدلالة، وهذا ما يفيدأن القرينة القضائية تعتبر من الأدلة التقديرية، فهى ليست ملزمة للقاضى مثلها فى ذلك مثل شهادة الشهود، كما سبق أن رأينا.

---

(١) وهى وسيلة تساعد القاضى فى الاثبات ليصل إلى الحقيقة عن طريق استنباط الخفى من عناصر الدعوى من خلال الظاهر من معالمها، وقد يكون ذلك من قرينة واحدة، وقد يكون من عدد من القرائن المتساندة تؤدى فى مجموعها إلى النتيجة التى خلص إليها. وفى هذه الحالة الأخيرة لا يجوز تجزئة هذه القرائن ومناقشة كل منها على حده لاثبات عدم كفايتها (نقض ٢١ يوليو ١٩٨٠، أشار إليه سليمان مرقص، الجزء الثانى، ص ٩٦: طعن ٩٦٩ س ٤٦ ق).

(٢) حيث أن من القرائن ما لا يسوغ تعطيل شهادته إذ منها ما هو أقوى بكثير من البينة والاقرار، وهما خبران يتطرق إليهما الصدق والكذب: نقض ٢٣ مارس ١٩٦٦ س١٧ - ٦٦ - ٩٢.

**الحالات التى يجوز فيها الاثبات بالقرائن القضائية:**

- حددت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠ من قانون الاثبات هذه الحالات بنصها على أنه «لا يجوز الاثبات بهذه القرائن إلا فى الأحوال التى يجيز فيها القانون الاثبات بشهادة الشهود».

## المطلب الرابع

## الاقـــــــــرار

***تعريف:***

**٢٢٨- الاقرار هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة[(١)].**

والاقرار يعتبر من الطرق غير العادية للاثبات، فهو يحسم النزاع بشأن الواقعة التى يقر بها الخصم فلا يكون هناك محل لاثباتها. فالواقعة المدعى بها لا تكون واجبة الاثبات إلا إذا كانت محل نزاع، فإذا اعترف الخصم بهذه الواقعة فلا يصح الزام المدعى بتقديم أى دليل عليها، كما لا يجوز أن تكون محل تقدير من جانب القاضى[(٢)].

---

(١) يلاحظ أنه قليلا ما يحدث فى العمل أن يقر الخصم من تلقاء نفسه بحق خصمه، ولذلك أباح القانون للخصم الذى يدعى بواقعة معينة أن يطلب استجواب خصمه، كما أجاز للمحكمة أن تستجوب من تلقاء نفسها من ترى استجوابه من الخصوم كوسيلة للحصول منه على اقرار. وقد نظم قانون الاثبات القواعد والإجراءات الخاصة باستجواب الخصوم فى المواد من ١٠٥ إلى ١١٣.

(٢) راجع: عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، فقرة ٢٥٩، ص ٣٧٩ - سليمان مرقص، أصول الاثبات فى المواد المدنية، فقرة ٢٧، ص ٢٣.

**شروط الاقرار:**

- من التعريف السابق للاقرار يمكن أن نستخلص شروطاً ثلاثة يجب أن تتوافر فيه وهي:

**أولا - يجب أن يصدر الاقرار من أحد الخصوم:** وهذا الشرط منطقي، فالخصم الذي يدعى عليه بواقعة معينة هو الذي يملك الاعتراف بها.

**ثانيا - يجب أن يصدر الاقرار أمام القضاء:** فالاقرار القضائي يجب أن يصدر أمام هيئة يخولها القانون سلطة الفصل في المنازعات، ويستوي أن تكون هذه الهيئة إحدى محاكم القضاء العادي أو الاستثنائي أو إحدى هيئات التحكيم. أما إذا صدر الاقرار أمام إحدى الجهات الإدارية أو أمام النيابة العامة فإنه لا يعتبر اقراراً قضائياً.

**ثالثا - يجب أن يصدر الاقرار أثناء سير الدعوى المتعلقة بالواقعة المقر بها:** فيصح أن يرد الاقرار في صحيفة الدعوى أو في المذكرات المقدمة أثناء سير الدعوى أو أثناء المرافعة أو خلال استجواب تجريه المحكمة.

**حجية الاقرار:**

- القاعدة في خصوص الاقرار القضائي أنه **حجة قاطعة** على المقر، وأنه لا يتجزأ:

أولا- **الاقرار حجة قاطعة على المقر:** ومعنى هذا أن الاقرار يكون ملزما بذاته للمقر، فلا يكلف المقر له بتقديم أي دليل آخر لاثبات

الواقعة المقر بها فهى لم تعد بحاجة إلى اثبات.

ويترتب على كون الاقرار حجة قاطعة على المقر أن يتقيد به المقر فلا يجوز له أن يرجع عنه أو أن يعدل فيه، كما أنه يلزم القاضى فيحكم بمقتضاه دون أن تكون له أية سلطة فى تقديره.

**ثانيا - عدم جواز تجزئة الاقرار:** القاعدة فى هذا الصدد أن الخصم الذى صدر الاقرار لمصلحته لا يجوز له أن يأخذ من الاقرار الجزء الذى يفيده ويترك الجزء الذى يضره، وإنما يتعين عليه إما أن يأخذ الاقرار كاملا وإما أن يطرحه كاملا. ومع ذلك تجوز التجزئة إذا إنصب الاقرار على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى( م١٠٤ اثبات) ومثال ذلك الاقرار بالدين مع التمسك بوقوع مقاصة به، حيث ينطوى الاقرار، فى هذه الحالة، على واقعتين لا ارتباط بينهما ولا تستلزم إحداهما الأخرى، فيجوز تجزئة الاقرار (نقض مدنى ٢ مايو سنة ١٩٦٣ س ١٤ - ٦٢٥ - ٨٨).

## المطلب الخامس

## اليميــــــن

٢٢٩- اليمين هى اشهاد الله سبحانه وتعالى على صدق ما يقوله الحالف.

وتعتبر اليمين من طرق الاثبات غير العادية، بمعنى أنه لا يتم اللجوء إليها إلا إذا تعذر تقديم الدليل المطلوب عن طريق وسائل الاثبات الأخرى، أو إذا كان ما قدم من أدلة غير كافية لاقناع القاضى.

وتنقسم اليمين إلى يمين حاسمة ويمين متممة:

**اليمين الحاسمة:** وهى التى يوجهها الخصم، الذى تعذر عليه تقديم الدليل المثبت لدعواه، إلى الخصم الآخر، وذلك لحسم النزاع القائم بينهما.

**اليمين المتممة:** وهى التى يوجهها القاضى، من تلقاء نفسه، إلى أى من الخصمين فى الدعوى ليكمل بها اقتناعه إذا كانت الأدلة المقدمة إليه غير كافية.

وتوجيه اليمين المتممة أمر جوازى للقاضى، فلا الزام عليه فى هذا الشأن، وللقاضى حرية اختيار الخصم الذى يوجه إليه اليمين المتممة.

## المطلب السادس

## المعاينة والخبـــــرة

**المعاينة:**

**٢٣٠-** يقصد بالمعاينة انتقال المحكمة لمشاهدة موضوع النزاع، وذلك للتحقق من صدق ما يدعيه الخصوم، أو لاستيضاح بعض المسائل المتنازع عليها والتى لم تكف أوراق الدعوى وأقوال الخصوم لايضاحها. والأصل أن ترد المعاينة على الأشياء والأماكن، كسيارة أو منزل أو قطعة أرض أو شارع[1]... الخ.

---

(١) ولا يجوز بالتالى تكليف الخبير ببحث المسائل القانونية والبت فيها.

والانتقال للمعاينة يعتبر من الأمور الجوازية للمحكمة، فهى قد تلجأ، من تلقاء نفسها، إلى هذا الإجراء، إذا رأت من ظروف وأوراق الدعوى أن الفصل فى النزاع يقتضى معاينة الواقعة المتنازع عليها. وقد ترى المحكمة عكس ذلك، أى تقدر أن أوراق ومستندات الدعوى تكفى لتكوين اقتناعها، ومن ثم لا تلجأ إلى المعاينة.

أما عن قيمة المعاينة فى الاثبات فهى تعتبر من المسائل المتروكة لسلطة القاضى التقديرية دون رقابة عليه من محكمة النقض.

**الخبرة:**

قد يتوقف الفصل فى النزاع على التحقق من بعض المسائل الفنية فتحكم المحكمة بإحالة الدعوى لخبير لإعداد تقرير فنى فى هذه المسائل. وللمحكمة أن تبنى حكمها على أساس ما ورد فى التقرير أو أن تطرحه. وفى هذه الحالة الأخيرة لابد أن تبين المحكمة الأسباب الفنية التى اعتمدت عليها فى رفض تقرير الخبير. وبالتالى يجوز للمحكمة أن تطرح تقرير الخبير المنتدب وتأخذ بما جاء فى تقرير استشارى مقدم إليها. ولكنها لا تملك مثلا أن تطرح التقرير الفنى أخذاً بأقوال الشهود فى مسألة فنية.

## الفصل الثالث

## حدود الحماية القانونية للحق

## (التعسف فى استعمال الحق)

٢٣١- تثور مسألة التعسف فى استعمال الحق فى حالة ما إذا التزم صاحب الحق بالحدود الموضوعية لحقه، ومع ذلك ترتب على استعماله لسلطة من السلطات التى يخولها له الاضرار بالغير، كمن يبنى جداراً داخل أرضه ويرتفع به لمجرد منع الضوء والهواء عن جاره. ففى هذه الحالة هل يتمتع هذا الحق بالحماية القانونية بحيث لا يسأل صاحبه عن هذا الضرر، أم أن هناك قيودا معينة تحد من حرية صاحب الحق فى استعماله لحقه بحيث إذا لم يلتزم بهذه القيود، ونتج عن ذلك الإضرار بالغير، انحسرت الحماية القانونية عن الحق وتعرض صاحبه للمسئولية المدنية؟(١).

أقر المشرع المصرى نظرية للتعسف فى استعمال الحق وأفرد لها مكاناً بارزاً بين النصوص القانونية تأكيداً لأهميتها وشمولها لجميع نواحى القانون، فهى لا تقف عند حدود القانون الخاص بل تمتد أيضا إلى القانون العام. فبعد أن قرر فى المادة الرابعة أن من يستعمل حقه استعمالا مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر، أضاف

---

(١) راجع: حمدى عبد الرحمن: مقدمة القانون المدنى، ٢٠٠٢، رقم ٢٧٢ ومابعده.

فى المادة الخامسة أن استعمال الحق يكون غير مشروع، ويرتب من ثم مسئولية صاحبه فى أحوال ثلاث:

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

وواضح أن هذه الصياغة تعبر عن مدى حذر المشرع المصرى فى اقراره لنظرية التعسف، فهو لم يأخذ بما لجأت إليه بعض التشريعات من صياغات مرنة، حيث اكتفت باقرار نظرية التعسف كمبدأ عام وتركت أمر تطبيقها لسلطة القاضى التقديرية، وإنما حرص المشرع المصرى على وضع ضوابط يتقيد بها القاضى، فعمد إلى تعداد الصور التى يتوافر فيها التعسف دون أن يعنى باستظهار المبدأ العام الذى يحكمها، بل انه تحاشى استعمال اصطلاح التعسف لسعته وابهامه[١].

وانطلاقا مما تقدم نعرض لما أقرته المادة الخامسة من القانون المدنى الحالى من معايير للتعسف، ثم نعقب ذلك ببيان نطاق تطبيق نظرية التعسف، وأخيراً جزاء التعسف.

---

(١) انظر: مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى، جـ ١، ص ٣٩٠، وراجع: حمدى عبد الرحمن، المرجع السابق.

## المبحث الأول

## معايير التعسف

٢٣٤- تقدم أن المشرع المصرى عمد إلى تحديد حالات التعسف فى استعمال الحق حيث نص على ثلاث صور للتعسف، **الأولى** هى استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير. **والثانية** هى استعمال الحق لتحقيق مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. **والثالثة** هى استعمال الحق لتحقيق مصلحة غير مشروعة.

وسوف نعرض لهذه الصور فيما يلى:

**الصورة الأولى - قصد الإضرار بالغير:**

٢٣٥- فى هذه الصورة يعتمد المشرع المصرى معياراً ذاتياً أو شخصياً بحتاً قوامه البحث فى نية صاحب الحق، فإذا لم يكن يهدف من وراء استعماله لحقه سوى أن يلحق ضرراً بالغير، أى كان قصد الإضرار بالغير هو الغرض الوحيد من استعمال الحق، فإنه يكون متعسفاً فى هذا الاستعمال وتزول عنه ما كان يتمتع به من حماية قانونية لو أنه استعمل حقه دون تعسف.

ومن أهم تطبيقات هذه الصورة من حالات التعسف أن يغرس صاحب الأرض أشجاراً، أو يقيم حائطاً مرتفعاً، على حدود ملكه لمجرد حجب الضوء عن جاره، أو أن يرفع الشخص دعوى قضائية لمجرد

التشهير بالمدعى عليه[١]، أو أن يتقدم الخصم فى الدعوى بدفوع وطلبات عارضة بقصد إطالة أمد النزاع وعرقلة الفصل فى الدعوى بنية الكيد[٢]. في كل هذه الأحوال لا شبهة فى أن الشخص يستعمل حقه، ولكنه لا يقصد من هذا الاستعمال تحصيل منفعة، بل يرمى فقط إلى الإضرار بالغير، ومن ثم يكون استعماله لحقه غير مشروع ويسأل عن تعويض الأضرار التى لحقت بهذا الغير.

ويتعين على من يدعى ضرراً لحق به من جراء استعمال صاحب الحق لحقه وأن هذا الأخير لم يكن يقصد من هذا الاستعمال سوى الإضرار به، أن يثبت ما يدعيه. وهو يستطيع اثبات ذلك بكافة طرق الاثبات. غير أنه يلاحظ أن اثبات نية الإضرار لدى صاحب الحق ليس بالأمر الهين نظراً لأنه يتعلق بمسائل نفسية يصعب التثبت منها، ومع ذلك يمكن استخلاص هذه النية من انعدام كل مصلحة لصاحب الحق على الوجه الذى جعله يسبب ضرراً للغير، إذ يستفاد من ذلك أنه إنما استعمل حقه بقصد الإضرار بالغير[٣].

---

(١) راجع: نقض مدنى ١٥/١٠/١٩٥٩، مجموعة أحكام النقض، س١٠، ص٥٧٤، رقم ٨٧ - نقض مدنى ٢٤/٣/١٩٨٣، مجموعة القواعد القانونية فى خمسين عاماً، رقم ٣٣٨، ونقض ٢٨/٢/١٩٨٥ طعن ٨٣٣ س٥١ ق، ونقض ٢٠/٢/١٩٩٢، أحكام النقض س ٤٣ ص٢٦٢، ع١ و١٩/١/١٩٩٦، طعن ١٠٠٥٩ س٦٤ ق.

(٢) راجع: نقض مدنى ٥/٦/١٩٧٤، مجموعة أحكام النقض، س٢٥، ص٩٧٩.

(٣) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٦٠، ص ٨٤٥، وانظر كذلك: المذكرة الايضاحية=

**الصورة الثانية - تفاهة المصلحة وجسامة الضرر:**

٢٣٦- فى هذه الصورة يعتبر صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه حتى ولو كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مادامت هذه المصلحة قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب على الاطلاق مع ما يعود على الغير من ضرر بسبب استعمال الحق على هذا النحو.

ويستوى فى هذه الحالة أن يكون صاحب الحق قد قصد الإضرار بالغير من عدمه، إذ أن اضفاء وصف التعسف على فعل صاحب الحق لا يقاس بمعيار ذاتى أو شخصى، كما هو الوضع فى الحالة السابقة، وإنما يخضع للمعيار الموضوعى العام للخطأ، أى معيار السلوك المألوف للرجل العادى. فالشخص الذى يقدم على استعمال حقه لتحقيق نفع تافه لا يقارن مع ما يعود على الغير من ضرر بالغ هو: «إما عابث مستهتر لا يبالى بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة ضئيلة يصيبها لنفسه، وإما منطو على نية خفية ويضمر الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية أو مصلحة محدودة الأهمية يتظاهر أنه يسعى لها. وفى الحالين قد انحرف عن السلوك المألوف للشخص العادى، وارتكب خطأ يوجب مسئوليته»[1].

---

= للمشروع التمهيدى للقانون المدنى جـ ١ جـ ١، ص ٣٢، ٣٣، والتى جاء فيها «أن القضاء جرى على استخلاص هذه النية من انتفاء كل مصلحة من استعمال الحق استعمالا يلحق الضرر بالغير، متى كان صاحب الحق على بينة من ذلك».

(١) راجع: السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٦١، ص ٨٤٥.

ومن قبيل التطبيقات التشريعية لهذه الصورة ما نصت عليه المادة ٢/٨١٨ مدنى من أنه ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط.

ومن ذلك أيضا ما تنص عليه المادة ٩٢٨ مدنى من أنه: «إذا كان مالك الأرض وهو يقيم عليها بناء، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة، إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب هذه الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكيته للجزء المشغول بالبناء، وذلك نظير تعويض عادل».

ويمكن أن نضيف إلى هذه التطبيقات، حالة المالك الذى يقوم ببناء مدخنة فى ملكه بطريقة تؤذى الجار، مع امكان اقامتها فى مكان آخر أكثر ملائمة، أو صاحب العمل الذى يقوم بفصل العامل بسبب توقيع حجز على مرتبه تحت يد صاحب العمل.

**الصورة الثالثة - عدم مشروعية المصلحة التى يرمى صاحب الحق إلى تحقيقها:**

٢٣٧- أشرنا إلى أن المشرع المصرى حرص على تحديد حالات التعسف في استعمال الحق رغبة منه فى إحكام الرقابة على استعمال الحقوق، فهو لم يكتف، لاعتبار الشخص متعسفا، أن يكون استعماله لحقه بقصد الإضرار بالغير (م ١/٥ مدنى)، أو أن تكون المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب

الغير من ضرر بسببها، وإنما حرص على اضافة الحالة محل البحث، وهى اعتبار الشخص متعسفاً إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة. وهذه الحالة تفترض أن لصالب الحق مصلحة من وراء استعماله لحقه، وأن هذه المصلحة ربما كانت بالغة الأهمية بالنسبة له، ومع ذلك يعتبر صاحب الحق متعسفا فى استعمال حقه إذا كانت هذه المصلحة غير مشروعة[1]، وذلك لأن «الحقوق ليست لها قيمة فى نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعة، فالانحراف عن ذلك وتسخير الحقوق فى سبيل تحقيق مصالح غير مشروعة يجردها من قيمتها ويخلع عنها حماية القانون»[2].

ومن أهم تطبيقات هذه الصورة، المالك الذى يحيط أرضه بأعمدة شاهقة الارتفاع حتى يجبر شركة طيران تهبط طائراتها فى مطار مجاور على شراء أرضه بثمن مرتفع، أو المؤجر الذى يمتنع عن الترخيص للمستأجر بالايجار من الباطن أو التغيير غير الضار للاستعمال - إذا كان ذلك معلقا على موافقته بمقتضى العقد أو القانون - بقصد زيادة الأجرة على وجه غير مشروع، أو صاحب العمل الذى يفصل العامل بسبب انضمامه إلى نقابة عمالية أو بسبب نشاطه النقابى المشروع، أو الإدارة

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى أن المصلحة تكون غير مشروعة إذا كان تحقيقها يخالف حكما من أحكام القانون أو إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٢٣).

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٩٥، ص ٧٧٦.

التى تفصل موظفاً ارضاء لغرض شخصى أو لشهوة حزبية.

وواضح أن المعيار فى هذه الحالة هو معيار موضوعى. فهو مجرد تطبيق للمعيار الموضوعى العام للخطأ المتمثل فى الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى. فليس من المألوف أن يتخذ هذا الأخير من استعماله لحقه ستاراً لتحقيق مصالح غير مشروعة.

## المبحث الثانى

## جزاء التعسف

٢٣٨- قدمنا أن التعسف فى استعمال الحق ما هو إلا صورة من صور الخطأ التقصيرى. فهو، وفقا للمعيار العام فى الخطأ، يعتبر انحرافا عن السلوك المألوف للشخص العادى. والقاعدة، وفقا للمادة ١٦٣ مدنى، أن «كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» و،على ذلك فجزاء التعسف يتمثل أساساً فى التزام صاحب الحق بتعويض الأضرار التى تلحق بالغير من جراء الاستعمال التعسفى لحقه. ويحكم تقدير التعويض، وتحديد صورته، ذات القواعد التى تتبع فى خصوص العمل غير المشروع. فيقدر القاضى التعويض على أساس ما لحق المضرور من ضرر (م ١٧٠ مدنى). والتعويض قد يكو ن نقدياً، وقد يكون عينياً بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه، أو الحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع (م ٢/١٧١ مدنى). ومن أمثلة التعويض العينى أن يحكم القاضى بهدم الحائط الذى أقامه المالك فى أرضه

اضراراً بجاره. فهو فى هذه الحالة يزيل مظهر التعسف ويعيد الحالة إلى ما كانت عليه قبل وقوعه. ومن هذا القبيل أيضاً أن يأمر القاضى المالك الذى أقام مدخنة فى ملكه، بطريقة تؤذى الجار، بأن يعلى هذه المدخنة أو أن يغير من مسارها.

ومن صور التنظيم التشريعى لجزاءات التعسف، على نحو محدد تشريعياً ما نصت عليه المادة ٩٢٨ من القانون المدنى من أنه «إذا كان مالك الأرض، وهو يقيم عليها بناء، قد جار بحسن نية على جزء من الأرض الملاصقة، جاز للمحكمة، إذا رأت محلا لذلك، أن تجبر صاحب الأرض على أن ينزل لجاره عن ملكية الجزء المشغول بالبناء، وذلك فى نظير تعويض عادل». كذلك ما نصت عليه المادة ١٠٢٩ مدنى من أنه «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم يتبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به». كذلك المادة ١١٤ من قانون الاثبات فى شأن توجيه اليمين الحاسمة والتى أجازت للقاضى أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفاً فى توجيهها. أيضا ما نصت عليه المواد ٦٩٥ و٦٩٦ من القانون المدنى فى شأن عقد العمل، ومن أحقية العامل فى الحصول على تعويض عن الفصل التعسفى، أو فى حالة نقله إلى وظيفة أقل ميزة من وظيفته التى يشغلها، وهو ما تجرى عليه قوانين العمل فى الدول المختلفة.

فهـــــرس

الموضوع | الصفحة

| الموضوع | الصفحة |
|---|---|

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

الموضوع | الصفحة

رقم الإيداع
٢٠٠٢/١٧٠٢٦
الترقيم الدولى
I.S.BN.

